# Betrachtungen zur Begrenzung der ärztlichen Schweigepflicht nach § 13 Abs. 3 der Reichsärzteordnung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

EDUARD VOGLER

Assessor

aus Fulda.

1 9 3 9

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Referent: Prof. Dr. Heinrich Henkel

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# SCHRIFTTUM


Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (Allg. Teil) 9. Aufl. Leipzig 1934.

Amtl. Entw. 25 = Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925.

Aschaffenburg: Berufsgeheimnis und Psychiatrie (§ 300 StGB.) Ärztliche Sachverständigenzeitung 1901 S. 473 ff.

Baumbach: Die Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz 13. Aufl. München und Berlin 1937.

Beling: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß. Breslau 1903.

Bendix: Die Rechtspflicht des Schweigens (insbesondere mit Rücksicht auf § 300 des Strafgesetzbuches). Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goltd. Arch.) Band 52, Berlin 1905.

— Die Pflicht zur Anmeldung feindlichen Vermögens und die Schweigepflicht der Rechtsanwälte und Notare, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1915 S. 1574 ff.

Bernstein: Die Sicherstellung feindlichen Vermögens zu Vergeltungszwecken, Juristische Wochenschrift 1915 S. 1321 ff.

Binding: Handbuch des Strafrechts. Erster Band. Leipzig 1885.

— Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erster Band, Leipzig 1902.

Böhme: Strafbarkeit der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses (StGB. § 300) in: Allgem. Zeitschrift für Psychiatrie Bd. 57, 1900.

Chorus: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Borna-Leipzig 1917.

Dohna Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle/Saaale 1905.

Ebermayer: Artz und Patient in der Rechtsprechung. Berlin 1925.

— Zum Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und Rechtsanwälte, Juristische Wochenschrift 1911 S. 199.

Entw. 27 = Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927 nebst den Denkschriften bezw. Begründungen.

Finger: Der Geheimnisbruch. Das Eindringen in die fremde Geheimsphäre (Die Verletzung des Urkundenverschlusses und das Preisgeben anvertrauter Geheimnisse, §§ 299, 300 RStGB.) Berlin 1906. „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts", Besonderer Teil, Band VIII.

— Das Gesetz vom 18. Februar 1927 zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten, Gerichtssaal Bd. 94.

Flesch: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Born-Leipzig 1908.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage. Tübingen 1931.

Friedersdorff: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen durch Rechtsbeistände, Medizinalpersonen und ihre Gehülfen. § 300 StGB. Halle a. d. S. 1906.

Fromme: Die rechtliche Stellung des Arztes und seine Pflicht zur Verschwiegenheit im Beruf, Berliner Klinik 1902.

Gans: Das ärztliche Berufsgeheimnis des § 300 RStGB. Borna-Leipzig 1907.

Gerhardy: Die Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht im kommenden Recht. Deutsche Zeitschrift für die Gesamte Gerichtliche Medizin, Band 18 S. 475 ff.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1932.
Givanowitch: Prinzipien der legislativen Regelung der Grundprobleme der Berufsgeheimnisverletzung, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goltd. Arch.) Bd. 57.
Gross: Zur Frage des Berufsgeheimnisses, Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, 13. Band.
Gumbinner: Zur Frage der ärztlichen Schweigepflicht beim Offenbarungseid, Deutsche Juristenzeitung 1914 S. 990.
Günther: Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes nach § 300 StGB. Berlin 1894.
Hahn-Stegmann: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. II, Abt. 1, 2. Aufl. Berlin 1881 und Band III, Abt. 1 und 2, Berlin 1880 und 1881.
Hälschner: Das gemeine Deutsche Strafrecht, Zweiter Band, Der Besondere Teil des Systems. Erste Abteilung. Bonn 1884.
Hanke: Rechtsgüter über Sittlichkeitsverbrechen. Marburg 1926.
Hänel: Deutsches Staatsrecht. Erster Band. Leipzig 1892.
Heimberger: Strafrecht. Berlin-Wien 1931.
— Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil IX. Band, S. 1 ff.
— Arzt und Strafrecht. Festgabe für Reinhard v. Frank Band 1 S. 389 ff. Tübingen 1930.
Hellwig: Die Bedeutung der Reichsärztordnung für die Rechtspflege, Deutsche Justiz 1936 S. 370 ff.
Henkel: Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München 1932.
Hilgers: Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes. Köln-Kalk 1931.
Hinterthuer: Zum Berufsgeheimnis (§ 300 StGB.), Deutsche Justiz 1934 S. 827 ff.
Hippe: Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB., Arch. für Strafrecht (Goltd. Arch.) 46. Jahrgang.
Hippel v.: Deutsches Strafrecht. Zweiter Band, Allgemeine Lehren. Berlin 1930.
Hoche: Das Berufsgeheimnis des ärztlichen Sachverständigen, Archiv f. Psychiatrie und Nervenkrankheiten Bd. 58, S. 599 ff.
Jäger: Das Berufsgeheimnis der Ärzte und Anwälte, Deutsche Juristenzeitung 1906. S. 800 ff.
Jellinek: Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwalts, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. 3. Jahrgang.
Jummel: Der § 300 StGB. Leipzig 1903.
Kahl: Der Arzt im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 29. Band, Berlin 1909.
Kallfelz: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, Juristische Wochenschrift 1936 S. 1343 ff.
Kampfhenkel: Die Schweigepflicht des Arztes nach § 300 StGB. Berlin 1911.
Kohler: Die Geheimnispflicht des Arztes, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 6. Jahrgang.
Krauss: Das Berufsgeheimnis des Psychiaters, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. Jahrgang 1.

Landsberg: Über das ärztliche Berufsgeheimnis, Medizinische Klinik, 2. Jahrgang, 1906 S. 1265/66.
— Zur ärztlichen Schweigepflicht, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1907 S. 148 ff.
Lehmann: Die Schweigepflicht des Arztes und das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Die Medizinische Welt 1928, 1. Band S. 776.
L. K. Allg. T. = (Leipziger Kommentar) Reichsstrafgesetzbuch mit seinen Abänderungen durch die neueste Gesetzgebung, Band I. Allgemeiner Teil von Dr. Adolf Lobe.
L. K. = Leipziger Kommentar, Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Ludwig Ebermayer, Dr. Adolf Lobe, Dr. Werner Rosenberg. Vierte Auflage. Berlin und Leipzig 1929.
Liebmann: Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse. Frankfurt a. M. 1886.
Liszt v.: Anmeldepflicht und Schweigepflicht, Juristische Wochenschrift 1916 S. 155 ff.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Von Dr. Franz v. Liszt. Erster Band, 26. Auflage, bearbeitet von Dr. Eberhardt Schmidt. Berlin und Leipzig 1932.
— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Dr. Franz v. Liszt, besorgt von Dr. Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1927.
Litten: Zur Frage des ärztlichen Berufsgeheimnisses, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Band 1.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar von Senatspräsident am Reichsgericht Dr. E. Löwe, fortgesetzt von Reichsgerichtsrat Dr. A. Hellweg und von Reichsgerichtsrat Dr. W. Rosenberg. 19. Auflage bearbeitet von Gündel, Lingemann, Hartung, Niethammer. Berlin und Leipzig 1934.
Ludwig: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses (§ 300 RStGB.). Breslau 1904.
Merkel, Rudolf: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Mezger: Strafrecht. München und Leipzig 2. Aufl. 1933.
Mittermaier: Gutachten über § 300 RStGB. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 21. Band.
Mittermaier W.: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1936 S. 153.
Motive = Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin 1869 und 1870.
Neukamp: Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 1937 S. 79 ff.
Olshausen J. v.: Olshausens Kommentar zum Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich. Elfte Auflage, Zweiter Band, Berlin 1927.
Oetker: Notwehr und Notstand. Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgem. Teil, Band II, S. 255 ff.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert durch Dr. Friedrich Oppenhoff, herausgegeben von Dr. iur. Hans Delius. Vierzehnte Ausgabe. Berlin 1901.
Pallaske: Die Schweigepflicht des Arztes, Deutsche Juristenzeitung 1906 S. 293 ff.

Placzek: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Zweite Auflage 1898.
Rex, Graf v.: Der Geheimnisbruch nach § 300 RStGB. Borna-Leipzig 1916.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung).
Roth: Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und Rechtsanwälte, Juristische Wochenschrift 1911 S. 130 ff., S. 421.
Rutkowsky: Die ärztliche Schweigepflicht als Hindernis der Wahrheitsfindung, Deutsches Recht 1938 S. 430.
Sandheim: Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StGB. Halle a. d. S. 1904.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.
Sauter: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 RStGB.) Breslau 1910.
Seréxhe: Die Verletzung fremder Geheimnisse. Karlsruhe 1906.
Siegert: Notstand und Putativnotstand. Tübingen 1931.
Simonson: Das Berufsgeheimnis der Ärzte und deren Recht der Zeugnisverweigerung, Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 1014 ff.
Schäfer Dr. K.: Die Bedeutung der Reichsärzteordnung für die Rechtspflege, Deutsche Justiz 1936 S. 375 ff.
— Bemerkungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Deutsches Strafrecht 1937 S. 197 ff.
Schäfer-Lehmann: Gesetz z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten. Komm. von Dr. Leopold Schäfer und Dr. Rudolf Lehmann. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
Schlegtendal: Das Berufsgeheimnis der Ärzte, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1895 S. 503 ff.
Schmidt Eberh.: Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 49, Berlin und Leipzig 1929.
Schubart: Ärztliche Schweigepflicht und Offenbarungseid, Deutsche Juristenzeitung 1914 S. 822.
Schulz: Die Kollision der Anmeldepflicht und der Schweigepflicht der Rechtsanwälte und Notare, Juristische Wochenschrift 1916, S. 32.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Schulz: Die Anmeldung feindlicher Vermögen und die Schweigepflicht der Rechtsanwälte und Notare, Juristische Wochenschrift 1915 S. 1465.
Schwinge, Zimmerl: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Bonn 1937.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivlirpozeßordnung. Begründet von Ludwig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein. 15. Auflage, bearbeitet von Dr. Martin Jonas. Tübingen 1934 I. Band.
Strafrecht, das kommende deutsche: 1. Allgemeiner Teil 2. Aufl., Berlin 1935.
— 2. Besonderer Teil 2. Aufl., Berlin 1936. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission.
Strafverfahren, das kommende deutsche: Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission, Berlin 1938.
Waltz: Das Berufsgeheimnis des ärztlichen Sachverständigen, Deutsche Strafrechtszeitung, 5. Jahrgang 1918 S. 28 ff.
Wex: Diskretionspflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes, Deutsche Juristenzeitung 1905 S. 309, 310.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.
Wolff: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses Breslau 1908.
Zschock: § 300 StGB. Rostock 1903.

# EINLEITUNG.

Zum erstenmal in der Deutschen Geschichte ist durch die Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I S. 1433) eine einheitliche und geschlossene Standesverfassung für die deutschen Ärzte geschaffen worden. Damit hat ein Rechtszustand sein Ende gefunden, der in seiner Zerrissenheit gleichsam ein Spiegelbild der vergangenen Zeit war. Die Ländergesetzgebungen hatten für eine bunte Vielfalt der gesetzlichen Regelung der ärztlichen Verhältnisse gesorgt[1]) und, soweit das Reich auf dem Gebiet gesetzgeberisch tätig war, hatte es zur allgemeinen Verwirrung noch ein weiteres getan. Die Verweisung maßgebender Bestimmungen in die Gewerbeordnung[2]) wirft ein bezeichnendes Licht auf die Auffassungen, die man damals dem Ärztestand entgegenbrachte. Und wenn die in der Praxis so überaus wichtige Verschwiegenheitspflicht des Arztes zusammenhanglos im § 300 StGB. geregelt, dabei auch noch eine zu vielen Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten Anlaß gebende Formulierung gewählt wurde, so nimmt es kein Wunder, daß der Streit um die Auslegung der Bestimmung niemals zu einem guten Ende gebracht worden ist, trotz aller Klärungsversuche von Wissenschaft und Rechtsprechung.

Vor allem bereitete die Erfassung des Tatbestandsmerkmals „unbefugt" Schwierigkeiten. Teils lag das, wie im einzelnen noch nachzuweisen sein wird, an der formalistischen Rechtsbetrachtung, die fast bis in die jüngste Zeit hinein den Unrechtsgehalt der Vorschrift des § 300 StGB. bestimmte, teils war daran die Tatsache schuld, daß im liberalen Staat eine klarbestimmte Einstellung zum Wesen des ärztlichen Berufes fehlte. So zog sich der Streit der Meinungen ins Endlose als einer Quelle ständiger Beunruhigung der Ärzteschaft.

Es lag auf der Hand, daß das Dritte Reich mit den auf die Dauer unhaltbaren Zuständen des ärztlichen Standesrechts aufräumen und vor allem die ethische Seite des ärztlichen Berufes, seine hohe Aufgabe gegenüber der Volksgemeinschaft und seine daraus entspringende besondere Verantwortlichkeit in den Mittelpunkt der neuen Regelung stellen werde. Die Erwartungen hat der nationalsozialistische Gesetzgeber durch die Schaffung der Reichs-

1) Vgl. Hellwig, DJ. 1936, 370 und die Einführung in die Reichsärzteordnung bei Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, IV a Nr. 16.
2) S. §§ 6, 29, 53 Abs. 3, 54 Abs. 1, 80 Abs. 3 Gew.O.

ärzteordnung vom 13. Dezember 1935 erfüllt und im Zuge einer geschlossenen Regelung des ärztlichen Berufsrechts auch die bisher im Strafgesetzbuch normierte Geheimhaltungspflicht in das Gesetzgebungswerk, und zwar als § 13, einbezogen.

> „Ein Arzt, der unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei Ausübung seines Berufes anvertraut oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder einer dieser Strafen bestraft.
>
> Dem Arzt stehen seine berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen. Ebenso wird bestraft, wer nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlicht.
>
> Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt.
>
> Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt."

Die Fassung der Vorschrift ist dem Entwurf des StGB. von 1934 entnommen, dem der § 325 des StGB.-Entwurfs von 1927 als Vorbild gedient hat[3]). Durch den neuen Wortlaut sind verschiedene Zweifelsfragen des bisherigen Rechts entschieden worden; so ist z. B. durch das Tatbestandsmerkmal „fremdes Geheimnis" anstelle des früheren Ausdrucks „Privatgeheimnis" klargestellt, daß Gegenstand des Geheimnisschutzes nicht nur private Angelegenheiten, Tatsachen des Privatlebens im engeren Sinne, sondern alle diejenigen Geheimnisse sind, an deren Bewahrung der Geheimnisträger ein Interesse hat[4]). Es steht heute ferner außer Zweifel, daß nicht auch die gelegentlichen, sondern nur die berufsmäßigen Gehilfen der Schweigepflicht unterliegen. Darüber hinaus ist durch Abs. 2 Satz 2 der Kreis der Schweigepflichtigen dadurch erweitert, daß nach dem Tode des zur Geheimhaltung Verpflichteten die unbefugte Veröffentlichung auch denjenigen Personen untersagt ist, die von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß Kenntnis von einem Geheimnis erlangt haben.

Die bestrittenste Frage, unter welchen Voraussetzungen die Preisgabe des Geheimnisses erlaubt erscheint, ist im Absatz 3 geregelt: über das Recht zur Offenbarung entscheidet danach der

3) Schäfer, DJ. 36, 374.
4) Schäfer a.a.O.

Grundsatz der Güterabwägung[5]). Das Prinzip erweckt auf den ersten Blick die Vermutung einer besonders einfachen und Zweifelsfragen ausschließenden Handhabung; die Auffassung trifft aber nicht zu. Wir werden in der nachfolgenden Darstellung verschiedene Probleme kennenlernen, die sich aus dem Grundsatz der Güterabwägung für die Schweigepflicht ergeben, und können schon hier behaupten, daß sich die Erwartungen nicht erfüllen werden.

# HAUPTTEIL.

## I. Kapitel.

## DIE RECHTSNATUR DES DURCH § 13 ABS. 3 GESCHAFFENEN STRAFAUSSCHLIESSUNGSGRUNDES.

Daß der Täter, wenn er eine Befugnis hat, rechtmäßig offenbart, galt von jeher als unstreitig. Wann ihm aber ein solches Recht zur Seite stand, war die unter § 300 StGB. äußerst bestrittene, beim Schweigen des Gesetzgebers als fast unlösbar bezeichnete Frage[6]).

Mit Mitteln einer formal-positivistischen Betrachtungsweise konnte man dem Problem allerdings nicht beikommen, wie die um die Jahrhundertwende unternommenen Lösungsversuche zeigen. Das Grundproblem, wann über das gesetzte Recht[7]) hinaus zur Wahrnehmung eigener oder fremder Interessen eine Offenbarungs-

---

5) Als Vorbild dienten die früheren Entwürfe; s. amtl. Entwurf 25 § 293 Abs. 3: „Wer ein Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat, ist nicht strafbar. Vgl. hierzu Heimberger Festg. f. Frank II, 427 und Ebermayer 61. — Entw. 27, § 325 Abs. 3: Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Rechtsgut überwiegt. Hierüber eingehend Gerhardy 475 ff.

6) Gerland, Lehrb. 543.

7) Das hoffnungslose Bemühen Liebmanns, durch eine Wortinterpretation der Schwierigkeiten Herr zu werden, vgl. S. 25, 26, ist kennzeichnend für die damalige Lage. Gegen ihn mit Recht Binding Lehrb. 126. Dasselbe gilt für den Mittermaierschen Versuch, mit Hilfe von Grimms Wörterbuch eine Deutung auf ethymologischer Grundlage zu geben, vgl. ZStW. 21, 217 ff., 220 221. S. hierzu Jellinek 670 und Binding Lehrb. 128 Anm. 2. Wie Mittermaier auch Seréxhe 76 ff., 90, Gans 22 ff.; Kampfhenkel 36; ähnlich auch Gross, Arch. f. Krim. Anthrop. 13, 245. Jellineks Lehre v. unsittlichen Geheimhaltungsvertrag, Mon. Schr. Krm. Psych. 3. Jahrg. 682 ff. ist überhaupt nur auf dem Boden des Positivismus verständlich. Gegen ihn vor allem Wolff, 44 Anm. 1 und Chorus 60.

befugnis bestehe, war auf dem Boden des Positivismus naturgemäß nicht zu klären. So erschöpfte man sich — wenn auch mit Bedauern — in der Feststellung, daß nur die Erlaubnis des Geheimnisherrn, sowie die Befolgung einer Rechtspflicht [8]) und allenfalls noch die Aussage als Zeuge oder Sachverständiger [9]) den Bruch der Schweigepflicht rechtfertige [10]). Alle anderen Fälle galten als strafbar. So sah man z. B. die Preisgabe einer Krankheit, auch nur zu dem Zweck, dadurch weitere drohende Ansteckung zu verhindern, als eine unbefugte Handlung des Arztes an und nicht minder die Offenbarung einer unheilbaren Krankheit, um dadurch eine beabsichtigte Eheschließung eines Patienten mit einer gesunden Frau zu verhindern.

Auch Binding brachte keinen grundsätzlichen Fortschritt. Er förderte zwar die Erörterung des Problems dadurch, daß er es zutreffend als Notstandsfall ansprach [11]), fand aber doch nicht den Weg, die Kollision der Schweigepflicht mit einer sittlichen Pflicht oder einem ungeschriebenen Recht befriedigend zu lösen [12]).

Erst mit der Abkehr vom Positivismus und der Hinwendung zu einer rechtsinhaltlichen Betrachtungsweise trat ein grundsätz-

---

8) Bendix, Goltd. Arch. 52, 9 lehnt sogar das ab.

9) darüber noch später.

10) So Placzek 77 ff. 62 ff. Hälschner 218; Merkel 350; Oppenhoff-Delius § 300, 9; mit Abweichungen auch v. Liszt. Vgl. Sandheim 25 ff. und Ludwig 36 ff.

11) Lehrb. 127, 128.

12) S. Handbuch 754 ff., 759 ff. Bezeichnend ist die Befürwortung der Ansicht Liebmanns, der Arzt sei gleich einem Organ der Selbstverwaltung dem öffentlichen Interesse dienstbar und erfülle als Glied der Medizinalverwaltung öffentliche Pflichten. Auf diesem Weg gelangt er dann zur Annahme von der Abwertung zugänglichen Rechtspflichten. Auch der Satz steht mit seiner Grundauffassung im Widerspruch, daß, wenn die Verfolgung eines Rechts nicht anders als durch die Mitteilung des Privatgeheimnisses geschehen könne, eine der Behandlung der Pflichtenkollisionen „entsprechende" Lösung am Platze sei. Bei Licht besehen wird damit der Rahmen seiner Notstandslehre gesprengt, was Frieidersdorff, 28 ff., wohl auch veranlaßte, die Kollision der Schweigepflicht mit einer sittlichen Pflicht nach den Grundsätzen der Binding'schen Notstandslehre zu behandeln. — Als Vertreter des Positivismus ist auch Gerland anzusprechen, vgl. Reichsstrafrecht 145, 2, 154, 155, 157 ff. Er empfiehlt eine Analogie aus § 193 StGB., schießt damit aber weit über das Ziel hinaus, was mit Recht der L. K. § 300, 1015 hervorhebt. Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht wird tatsächlich dadurch übermäßig eingeschränkt. Auch Finger VDB. VIII, 362 ff., ist in diesem Zusammenhang zu nennen. Nach seiner Auffassung ist jede Offenbarung unbefugt, sofern nicht der Gesetzgeber selbst Ausnahmen zugelassen habe. Nur eine weitherzige Anwendung der Bestimmungen über Notwehr und Notstand sei geeignet, Unbilligkeiten zu vermeiden. Wie Finger auch Pallaske 293 ff. und vor allem Landsberg, Med. Klinik 1906, 1256 ff., Deutsch. Med. Welt 1907, 148 ff. Die Abhandlung Sauters steht wesentlich unter dem Einfluß Fingers, s. S. 231 ff. 276 ff. Vgl. auch Kohler, Mon. Schr. Krim. Psych. 6. Jahrg. 593.

licher Stellungswechsel in der ganzen Streitfrage ein. Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit schob sich in den Vordergrund und verdrängte allmählich die positivistischen Lösungsversuche.

Als erster Vertreter der neuen Richtung ist Graf zu Dohna zu nennen. Ausgehend von dem Grundsatz, daß eine Handlung, die sich als rechtes Mittel zum rechten Zweck darstelle, rechtmäßig sei[13]), fand er die Grenze, bis zu welcher die „Ordnung die Offenbarung fremder Geheimnisse verbietet da, wo solches Verbot eine willkürliche und ungerechte Bevorzugung der bedingten Interessen des einen zu Ungunsten überwiegender Interessen eines anderen bedeuten würde“[14]).

Der Grundsatz der Interessenabwägung war damit zum maßgebenden Prinzip erhoben und durch das Zurückgreifen auf überpositive Wertungen auch sittlich anerkennenswerten Notstandslagen Billigung zugestanden.

Mit der Anerkennung der objektiven Rechtswidrigkeit erlangte das Prinzip der Interessenabwägung, als Ausfluß des Obersatzes[15]), daß eine Handlung rechtmäßig sei, wenn sie sich als rechtes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstelle (sog. Zwecktheorie)[16]), die Bedeutung eines Rechtfertigungsgrundes. Die Offenbarung anvertrauter Geheimnisse galt als rechtmäßig, wenn sie zur Rettung eines mehrwertigen Interesses erfolgte[17]).

In der gleichen Richtung bewegte sich die mehr aus dem positiven Recht herausgewachsene Lehre von der sogenannten Güter- und Pflichtenabwägung, nach der eine Handlung rechtmäßig ist, wenn sie der Erhaltung eines höherwertigen Rechtsgutes dient[18]). Die Preisgabe des anvertrauten Geheimnisses ist danach gerechtfertigt, wenn sie einer sittlichen Pflicht entspricht oder wenn ein überwiegendes Rechtsgut die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht fordert[19]).

Im praktischen Ergebnis unterscheiden sich die zwei Theorien in der hier in Betracht kommenden Frage demnach nicht. Sie sind aus der Idee des objektiven Rechts abgeleitet, und in beiden Fällen handelt es sich um eine Bewertung rein objektiver Art; von subjektiven, die Einwirkung der Zwangslage auf den Täter berück-

---

13) S. 53.
14) S. 115; vgl. auch Wolff 38 ff.
15) S. Liszt-Schmidt, § 32 B II a. E.
16) Der Name geht wohl auf Heimberger VDA. IV, 4 zurück. Im allge. s. Henkel 87, 88; Siegert 25 und Liszt-Schmidt a.a.O.
17) So Liszt-Schmidt, Lehrb. 590; der Sache nach auch Allfeld 407, 143.
18) Vgl. statt aller Mezger, Lehrb. §§ 27, 32.
19) So haupts. Frank § 3000 III 2 a, b; Vorbem. IV vor § 52; Vorbem. III vor § 51. Sachlich derselb. Ansicht L. K. § 300, 7. S. auch noch Flesch 39.

sichtigenden Wertinhalten, die zur Annahme eines Schuldausschließungsgrundes führen könnten, ist hier nichts zu finden.

Da die schon erwähnten Entwürfe 1925 und 1927 auf diesem Standpunkt der herrschenden Lehre aufbauten und § 13 Abs. 3 RÄO. nur eine Fortbildung darstellt, so ist historisch und dogmatisch der Beweis erbracht, daß § 13 Abs. 3 RÄO. einen Rechtfertigungsgrund darstellt.

Das Ergebnis ist unbestritten [20]). Die praktische Bedeutung der Feststellung wird aber herabgemindert, wenn man mit Schäfer [21]) und Kallfelz [22]) der Auffassung ist, daß die Preisgabe eines fremden Geheimnisses in Erfüllung einer Rechtspflicht ohne weiteres, auch ohne eine Güterabwägung, rechtmäßig sei. Wir müßten für diesen Fall auf die Suche nach einem neuen Rechtfertigungsgrund gehen, wenn wir nicht imstande wären, die Unrichtigkeit der Ansicht nachzuweisen.

Wir gehen mit Kallfelz durchaus einig, daß die Einführung des Wortes „unbefugt" streng logisch genommen, eine Überflüssigkeit darstellt [23]), wollen auch nicht in Abrede stellen, daß dem Begriff, trotz seiner Entbehrlichkeit im Tatbestand, insofern eine gewisse praktische Bedeutung zukommt, als der Gesetzgeber damit hat andeuten wollen, daß er auch mit „erlaubten", mit „befugten" Offenbarungen von Berufsgeheimnissen rechne. Seine Bezugnahme aber auf Chorus zeigt, daß er inkonsequenterweise der sprachlichen Formulierung der Rechtswidrigkeitserklärung auch eine sachliche Bedeutung beimißt, nämlich die, daß der Gesetzgeber durch die Wahl des Ausdrucks habe festlegen wollen, daß die Erfüllung von Redepflichten niemals eine „unbefugte" Offenbarung sein könne [24]). Diese Auffassung hatte sein Gewährsmann Chorus [25]) schon früher vertreten, der die Bedeutung des Wortes „unbefugt" darin sieht, daß die Vorschrift des § 300 StGB. hinter allen anderen Gesetzesbestimmungen zurückzustehen hat. Dieselbe Ansicht liegt auch der Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. Mai 1905 [26]) zugrunde, nach der die Schweigepflicht des § 300 StGB. nicht absolut bestimmt ist, sondern nur vorbehaltlich einer in keiner Richtung eingeschränkten Offenbarungsbefugnis. Auch

---

20) RGSt. 71, 23; Schäfer DJ. 1936, 375; Kallfelz JW. 1936, 1345; Rutkowsky DR. 1938, 430.

21) Schäfer a.a.O.

22) Kallfelz a.a.O.

23) s. Fußn. 22.

24) Vgl. etwa die bei v. Liszt JW. 1916, 156 angeführte Auskunft des Reichsjustizamts vom 6. Dez. 1915.

25) S. 36.

26) RGSt. 38, 62 ff.

ein Großteil der oben besprochenen Literatur läßt mehr oder minder deutlich dieselbe Einstellung erkennen[27]).

Wir wollen, wie schon gesagt, unterstellen, daß der Gesetzgeber durch den Ausdruck „unbefugt" darauf hat hinweisen wollen, daß er auch mit „befugten" Offenbarungen rechne. Dieser Hinweis entbindet aber keinesfalls von einer juristischen Begründung. Wenn „unbefugt" dasselbe wie „rechtswidrig" bedeutet, so entspricht es nur den Gesetzen des juristischen Denkens, diesem Begriff die Antithese „rechtmäßig" gegenüberzustellen. Ob aber der Arzt, wenn er einer Redepflicht genügt, rechtmäßig handelt, läßt sich nur beantworten, wenn man die Frage aufwirft, wie die Kollision der beiden Rechtspflichten zu lösen ist. Mit dieser Auffassung stimmt die Ansicht Franks überein[28]). Sie vermeidet die Vorstellung, als sei das Gebot der Schweigepflicht an sich schon nur beschränkt in Geltung und unterstellt das vorliegende Notstandsproblem zutreffend den Grundsätzen, die heute ihren Ausdruck im Abs. 3 des § 13 RÄO. durch das Prinzip der Güterabwägung gefunden haben.

Die Ansicht Schäfers[29]), daß eine Offenbarungspflicht unbedingt der Schweigepflicht vorgehe und eine Güterabwägung hier „naturgemäß" nicht in Frage kommen könne, geht wohl auf den L. K. zurück[30]), der seinerseits in diesem Punkt wesentlich den Gedanken von Liszts folgt. Äußeren Anlaß zu dessen Ansicht gab die Frage, ob ein Rechtsanwalt oder Notar rechtmäßig handele, wenn er nach §§ 1, 2 Abs. 2, der Bundesratsverordnung über die Anmeldung des im Inland befindlichen Vermögens von Angehörigen feindlicher Staaten vom 7. Okt. 1915 (RGBl. S. 633 ff.) und der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 10. Oktober 1915 (RGBl. S. 653 ff.) in seiner Verwahrung oder Verwaltung befindliches Vermögen, entgegen der Vorschrift des § 300 StGB. anzeige. Bendix[31]) hatte damals im Anschluß an seine schon früher geäußerte Meinung[32]) die Ansicht vertreten, die Kollision der Pflichten sei unlösbar; er empfahl dem Richter eine milde Bestrafung des seiner Anmeldepflicht genügenden Rechtsanwalts oder Notars.

---

27) Vgl. u. a. Krauss 155; Bernstein JW. 1915, 1322 und v. Liszt JW. 1916, 155; früher schon Finger VDB. VIII, 362. And. Ansicht aber schon Ludwig 39 und Placzek 7; unklar Flesch, ohne Begründung Gerland 544; mißverständlich Wachenfeld: „bei einer besonderen Rechtspflicht, welche die Schweigepflicht aufhebt". Wann hebt sie aber die Schweigepflicht auf?

28) Frank § 300 III 2 a; Sauter 233 ff.; der Sache nach auch Olshausen 1683; ebenso Schubert DJZ. 1914 822; Schulz JW. 1916, 32; von den älteren Schriftstellern, wie schon angedeutet, Ludwig 39 und Placzek 7.

29) DJ. 375.

30) § 300, 1013 unt.

31) Leipz. Zeitschrift 1915, 1574 ff.

32) Goltd. Arch. 1905, 1 ff.

So unsinnig dieser Standpunkt auch war, hat er doch Unruhe in die beteiligten Kreise gebracht[33]). v. Liszt zur Stellungnahme aufgefordert, verwarf die Ansicht von Bendix[34]). In der Begründung leugnete er u. a. überhaupt die Tatbestandsmäßigkeit eines Delikts nach § 300 StGB. Der Gesetzgeber habe durch die Vorschrift den Privatgeheimnissen seinen strafrechtlichen Schutz gewährt. Indem die Bundesratsverordnung die Anmeldung feindlichen Vermögens zur Pflicht mache, erkläre sie, daß damit dem Interesse an der Geheimhaltung, dem Wesensmerkmal des Tatbestandsmomentes „Privatgeheimnis", im öffentlichen Interesse der rechtliche Schutz entzogen werde, so daß überhaupt kein „Privatgeheimnis" mehr im Sinne des § 300 StGB. vorliege.

Nun leuchtet schon der Obersatz, der Gesetzgeber habe den Privatgeheimnissen seinen strafrechtlichen Schutz gewährt, nicht ein. Wenn schon nach der Schutzaufgabe des § 300 StGB. gefragt wird, so kann die Antwort nur in der Klärung des Lebensverhältnisses bestehen, dem der Gesetzgeber rechtlichen Schutz hat angedeihen lassen wollen. Es handelt sich mit andern Worten um die Ermittlung des durch den § 300 StGB. geschützten Rechtsguts. Das ist aber nicht das Tatbestandsmerkmal „Privatgeheimnis"[35]), sondern das Lebensinteresse, um dessentwillen dem Privatgeheimnis Schutz gewährt wird[36]). Mithin beruht die ganze Anschauung auf einer unrichtigen Gegenüberstellung der maßgebenden Interessen[37]).

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man von dem andern Satz v. Liszts ausgeht, daß dem Privatgeheimnis im öffentlichen Interesse der Schutz entzogen werde. Auch hier wird zunächst nach einer Zweckbestimmung der gesetzlichen Offenbarungspflicht gesucht und diese im „öffentlichen Interesse" gefunden. Der innere Grund nun, warum diesem öffentlichen Interesse der Vorzug zu geben ist, liegt, wie v. Liszt richtig erkennt, darin, daß dem privaten Interesse der Schutz entzogen wird. Dieses private Interesse kann aber niemals einem Tatbestandsmerkmal entnommen werden, das es begreiflich in ich einschließt; logisch allein möglich ist nur, dem einen mittels einer teleologischen Betrachtungsweise gewonnenen Rechtsgut, das andere auf dieselbe Art

33) S. bei v. Liszt JW. 1916, 156 und ferner Bernstein JW. 1915, 1322; Schulz JW. 1915, 1465; 1916, 32.

34) JW. 1916, 155 ff.

35) Das behauptet v. Liszt sonst selbst nicht; vgl. die früheren Auflagen seines Lehrbuches. Zu dem Verhältnis von Rechtsgut und Tatbestandsmerkmal s. im übrigen Mezger, Lehrb. 201.

36) Vgl. Liszt-Schmidt. Lehrb. § 2.

37) Richtig faßt Olshausen das Verhältnis auf: „Die Rechtsordnung anerkennt das private Rechtsgut zugunsten höherer Interessen als nicht schutzbedürftig" (§ 300, 1683).

und Weise ermittelte Rechtsgut gegenüberzustellen. Demnach können auch von dieser Betrachtungsweise aus die Schlußfolgerungen v. Liszts unmöglich richtig sein.

Nach diesen Ausführungen erledigt sich eine inzwischen aufgetauchte Streitfrage von selbst. Kallfelz [38]) meint, die Regelung im Abs. 3 sei abschließend; „es bedürfe nun nicht mehr der früheren Hilfskonstruktionen zur Rechtfertigung einer Offenbarung, wie Notwehr, Notstand und auftragloser Geschäftsführung". Nach Schäfer [39]) dagegen entfällt die Rechtswidrigkeit, abgesehen von den Fällen des Abs. 3, ferner aus den allgemeinen die Rechtswidrigkeit ausschließenden Gründen, wie Einwilligung des Verletzten, Notwehr usw. Der Ansicht Schäfers ist beizutreten. Handelt es sich, wie wir sehen, um die gesetzliche Normierung eines einzelnen speziellen Notstandsfalles, so ist ohne weiteres klar, daß daneben die allgemeinen Rechtfertigungsgründe weiter bestehen.

## II. Kapitel.

## DAS DURCH DEN § 63 RÄO. GESCHÜTZTE RECHTSGUT.

Dem Grundsatz der Güterabwägung entsprechend, haben wir uns zunächst mit der Frage nach dem Rechtsgut der den Bruch der Schweigepflicht unter Strafe stellenden Norm zu befassen, einem schon unter der Geltung des § 300 StGB. höchst bestrittenen Problem.

Zwei Hauptmeinungen [40]) hatten um Anerkennung gerungen. Die eine sah das öffentliche Wohl als geschütztes Rechtsgut an. Die Schweigepflicht diene öffentlichen Belangen; der Staat habe aus Gründen der Volksgesundheit ein Interesse daran, seinen Mitgliedern die unbehinderte und vorbehaltlose Inanspruchnahme des Arztes zu ermöglichen und müsse deshalb durch Sicherung der Verschwiegenheit das den Heilpersonen entgegengbrachte Vertrauen sichern [41]). Ihre Vertreter waren vor allem Böhme [42]), Flesch [43]), Liebmann [44]) und Ebermayer [45]).

38) JW. 36, 1346.
39) DJ. 36, 375.
40) Daneben sind noch einige andere Ansichten vertreten worden, die aber niemals beachtlich in Erscheinung traten und hier als abwegig übergangen werden können. Vgl. bei Sauter 32 Anm. 2.
41) Vgl. hierzu Olshausen 1672.
42) S. 744/45.
43) S. 9/10.
44) S. 26 ff., 33, 48 ff.
45) Arzt und Patient 71.

Die andere Ansicht erblickte das geschützte Rechtsgut in der Persönlichkeit des Geheimnisträgers [46]). Sie war herrschend, ohne daß allerdings Einigkeit darüber erzielt worden wäre, welche Seite der Persönlichkeit in Betracht kam. Bald erblickte man das Schutzobjekt in dem Interesse, das jemand an der Wahrung seiner Geheimnisse hat [47]), bald im Vertrauen das auf die Verschwiegenheit des Geheimnispflichtigen gesetzt, von diesem aber durch den Treubruch getäuscht wird [48]), bald in dem Willen einer Person, die dem Schweigepflichtigen bekanntgewordene Tatsache als Geheimnis zu bewahren [49]).

Nunmehr wirft § 13 RÄO. durch das zum Tatbestandsmoment erhobene Prinzip der Güterabwägung in noch zwingenderem Maße als bisher die Frage nach der Schutzaufgabe der Strafbestimmung auf. Der Streit der wiedergegebenen Theorien ist damit auf veränderter Gesetzesgrundlage wieder aufgelebt und nötigt zu einer erneuten Stellungnahme.

Die bisherigen Begründungsversuche sind allerdings durch die gesetzliche Neuregelung und den allgemeinen Ideenumbruch durchweg überholt. Wir können deshalb die Beweisführung übergehen, die sich auf die Stellung des bisherigen § 300 StGB. im System des Strafgesetzbuches wie überhaupt auf Momente stützen, die gerade dieser Bestimmung eigentümlich waren [50]). Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes sagt uns nichts mehr, wenn wir einmal die Beweggründe betrachten, die bei der Entstehung und dem Werdegang der Vorschrift gewirkt haben:

Die ärztliche Schweigepflicht wurde erstmalig im Zeitalter des Polizeistaats im Zusammenhang mit einer Ordnung des gesamten

---

46) Ludwig 18; Sauter 37/38; Kampfhenkel 12; Graf Rex 25 ff.; Wolf 12, 70; Sandheim 7 ff.; Friedersdorff 14; Mittermaier 202 ff.; Givanowitch 315; Finger VDB. VIII 295 ff.; Kohler Mon. Schr. Krim. Psych. 6, 593 ff. Hilgers 4 ff.; Olshausen § 300, 1672; Liszt-Schmidt 587 u. a.

47) So z. B. Liszt-Schmidt 587; Allfeld 521; Mittermaier 205; Oppenhoff-Delius § 300, 8; Finger VDB. VIII 353.

48) S. etwa Hippe 291, 300; Jummel 55; Kahl ZStW. 29, 360; RGSt. 13, 62.

49) Binding, Lehrb. 127; Hälschner II 215; Hilgers 6; Friedersdorff 12; Jellinek 658 ff.; Wolff 15 ff.; Sauter 37.

50) Man denke etwa an das Argument, das die unmittelbare Nachbarschaft des § 300 StGB. mit dem die Gefährdung des Briefgeheimnisses unter Strafe stellenden § 299 StGB. von selbst auf das Bestehen einer mit der Persönlichkeit zusammenhängenden Geheimsphäre hinweise; vgl. hierzu Sauter 38; Schwartz 299; Gerland 539; Liszt-Schmidt 587; Hälschner 215; Olshausen §§ 300, 1671; Wachenfeld 487; Frank §§ 299 I, 300 I, Mittermaier 205 Anm. 5 u. a. — Aber auch für den vor allem v. Sauter 25, Friedersdorff 12 und Hilgers, 4 vertretenen Satz, daß das durch den § 300 StGB. geschützte Rechtsgut für alle dort genannten schweigepflichtigen Personen einheitlich sein müsse, ist heute kein Raum mehr, nachdem im § 13 RÄO. die ärztl. Schweigepflicht für sich allein und selbständig geregelt ist.

Gesundheitswesens gesetzlich geregelt[51]). Dabei erschien sie nur als Ausfluß jenes großen öffentlichen Pflichtenkreises, der damals dem Arzt als Organ der öffentlichen Gesundheitsverwaltung[52]) auferlegt war. Das Delikt war dementsprechend zum Quasibeamtendelikt ausgestaltet; die Person des Verletzten trat völlig in den Hintergrund[53]). Das allgemeine Landrecht von 1794 brachte diese Auffassung am klarsten zum Ausdruck. Es regelte die ärztliche Schweigepflicht im 8. Abschnitt „Von den Verbrechen der Diener des Staates" unter der Marginalrubrik „Von den Verbrechen derer, welche ohne Offizianten zu sein, dem gemeinen Wohl besonders verpflichtet sind."

Die freiheitlich-individualistische Auffassung, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts allenthalben einsetzte, brachte auch hier eine Änderung. Der öffentliche Charakter des ärztlichen Berufs trat allmählich in den Hintergrund. Der Arzt begann stattdessen den höheren Interessen der Wissenschaft zu „dienen"; nichtsdestoweniger nahm sein Beruf aber auch Elemente einer gewerblichen Tätigkeit[54]) an. Der farblose Begriff des freien Berufes verdeckte die neue Sachlage nur unvollkommen.

Der bisherigen Auffassung vom Wesen der ärztlichen Schweigepflicht wurde damit mehr und mehr der Boden entzogen. Darüber hinaus war aber für den Liberalismus bei der zwiespältigen Stellung des Arztes eine Deutung der Schweigepflicht aus dem Verhältnis zum ärztlichen Beruf überhaupt unmöglich geworden. Nur so wird es jetzt verständlich, daß im Laufe der Zeit jene Umschichtung des Problems eintrat, der die herrschende Lehre ihre Existenz verdankt. Der Inhalt der Schweigepflicht wurde nicht mehr durch die Beziehungen zum ärztlichen Beruf, sondern durch die Interessen des Geheimnisträgers an der Geheimhaltung der anvertrauten Tatsachen bestimmt — das Zugeständnis der inneren Unwahrheit der neuen Berufsauffassung.

In den ersten Entwürfen zum Preußischen Strafgesetzbuch aus den Jahren 1830, 1833 und 1836 wirkte sich der liberalistische Ideeneinbruch noch nicht aus[55]). Noch wurde, wie im allgemeinen Landrecht, die ärztliche Schweigepflicht unter dem Titel „Verbrechen

---

51) Vgl. Preuß. Medizinaledikt vom 27. Sept. 1725, Hildesheimer Medizinalverordnung vom 13. Mai 1782, Lippische Medizinalordnung vom 23. Febr. 1789. S. hierzu auch Sauter 20 und Wolff 18 ff.

52) S. Liebmann 18, 19.

53) Kampfhenkel 7; Wolff 18; Chorus 10 u. a.

54) Bezeichnend ist die Aufnahme maßgeblicher Bestimmungen des ärztlichen Berufsrechts in die Reichsgewerbeordnung. Über die letzten Strömungen, die ärztliche Tätigkeit überhaupt nur als Gewerbe aufzufassen, s. b. Hellwig 371.

55) Vgl. hierzu auch zum folg. vor allem Placzek 2 ff.; Liebmann 29 ff.; Friedersdorff 14 ff.; Wolff 18 ff.; Sauter 18 ff.; Graf v. Rex 1 ff.

der Beamten" geregelt. Der radikale Umschwung setzte sich erst im Staatsratsentwurf von 1843 durch. Hier fand die Bestimmung als § 572 im 26 .Titel des zweiten Teils unter der Rubrik: „Verbrechen der Gewerbetreibenden" eine grundsätzliche neue Stellung im System. Damit war nach der zur Herrschaft gelangten Anschauung eine neue Entwicklungsstufe eingeleitet. Der Arzt hatte aufgehört, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Er war, so schien es wenigstens, zu einem Gewerbetreibenden herabgesunken. Allein die Auffassung des Entwurfs stimmte nicht mit dem Grundgedanken der zwei Jahre später geschaffenen Preußischen Allgemeinen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 überein. Hier wurde der ärztliche Beruf „in vorausgesetzter Selbstverständlichkeit"[56]) den sogenannten liberalen d. h. den höheren Interessen der Kunst und Wissenschaft dienenden Berufen zugerechnet. Nichtsdestoweniger aber fanden wichtige Teilgebiete des ärztlichen Berufsrechts darin eine Regelung. Der Singehalt der Tätigkeit des Arztes hatte sich jedenfalls geändert, die neue Lösung war aber nicht eindeutig und deshalb der Inhalt der Schweigepflicht in der bisherigen Art nicht mehr erfaßbar. Da der Umgestaltung der Strafbestimmung als Gewerbedelikt doch Bedenken ideeller Art entgegenstanden, griff man in der Verlegenheit auf ein Gesetz zurück, dessen liberale Grundeinstellung bekannt war[57]), den code pénal von 1810. Dort war die Schweigepflicht im Artikel 378 unter der Rubrik „Verleumdungen, Beleidigungen und Offenbarungen von Privatgeheimnissen" geregelt. In Anlehnung daran erschien in den Entwürfen von 1846 und 1847 der ärztliche Geheimnisverrat als § 190 unter dem Titel „Verletzung der Ehre". Damit war die Grundlage der individualistischen Lehre gelegt. Der Gesetzgeber hatte zu verstehen gegeben, in welcher Richtung er das Problem weiterbehandelt wissen wollte, und die Wissenschaft, immer mehr in den Bahnen der liberalistischen Ideologie tat ein übriges, dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden[58]). Daß die ganze Umgestaltung nur ein Verlegenheitsprodukt war, blieb unbeachtet[59]). Das Wesen der

---

56) Haenel 691/2.

57) s. hierzu auch Sauter 29.

58) In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen Roth's 131, die ganz klar die liberale Grundeinstellung erkennen lassen, besonders interessant. S. auch Wolff 13.

59) Wie wenig übrigens das den Gesetzesschöpfern zum Bewußtsein gekommen ist, erhellt eine Antwort des Regierungskommissars Bodelschwingh. Ihm wurde in den Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammenberufenen Ständischen Ausschuß durch den Kommissionsreferenten Neumann vorgehalten, daß die Bestimmung nicht hierhergehöre, da sie doch ein Quasibeamtendelikt darstelle. In gänzlicher Verkennung der umwälzenden Änderung wußte Bodelschwingh nichts weiter zu antworten, als daß man keine geeignetere Stelle habe finden können; s. bei Wolff 21.

Strafbestimmung wurde fortan in der Verletzung der Persönlichkeit des Geheimnisträgers und nicht, mehr in der Verletzung einer öffentlichen Pflicht des Arztes gesucht. Der Gesetzgeber nahm keine Veranlassung, der individualistischen Betrachtungsweise entgegenzutreten. Zwar wechselte bei der Abfassung des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund von 1870 die Bestimmung ihren Platz und wurde in den Abschnitt „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimisse" versetzt. Wie die Motive aber erkennen lassen, bedeutete die Umstellung keinen Sinnwandel, es sollte vielmehr nur klargestellt werden, daß der Verrat eines anvertrauten Geheimnisses nicht immer eine Verletzung der Ehre zu enthalten brauche[60]). Dabei blieb es auch im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 25. Mai 1870 und dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

Es bedarf nach dieser historischen Betrachtung keiner besonderen Erörterung, daß die ganz auf liberalistischem Ideengut beruhende Entstehungsgeschichte des Gesetzes als Element der Auslegung heute nicht mehr in Betracht kommen kann. Auch ihr Ergebnis müssen wir ablehnen, nachdem der nationalsozialistische Gesetzgeber in der Reichsärzteordnung unverkennbar einen anderen Standpunkt eingenommen hat.

Die Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 stellt die erstmalige Verwirklichung eines umfassenden, aus einem einheitlichen Geiste geschaffenen ärztlichen Standesrechts dar. Die gesamten ärztlichen Verhältnisse haben vom nationalsozialistischen Geiste her einen neuen Wesensinhalt und eine neue organisatorische Grundlage erhalten. Dabei hat im besonderen die berufsethische Seite des ärztlichen Berufes eine Ausgestaltung erfahren, die alle im liberalen Staate vertretenen Auffassungen ausschließt. So hat heute der Gesetzgeber als obersten Grundsatz aufgestellt, daß der Arzt kein Gewerbe ausübt, sondern daß die Ausübung seines Berufs die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe darstellt (§ 1, Abs. 2 RÄO.). Und wenn der Arzt zum Dienste an der Gesundheit des einzelnen und des gesamten Volkes berufen ist (§ 1 a.a.O.), so übt er keine privatwirtschaftliche Tätigkeit aus, sondern erfüllt im Rahmen der großen politischen Ziele des heutigen Staates eine Hauptaufgabe: er wirkt zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung und Hebung der Gesundheit, des Erbguts und der Rasse des deutschen Volkes (vgl. § 19 RÄO.). Der Arzt ist somit das wichtigste Glied der Gesundheitspolitik des neuen Staates geworden. Nur so wird auch der innere Grund verständlich, warum heute alles von seiner Stellung ferngehalten ist, was dem Wesen seines öffentlichen Auftrages widersprechen könnte. Deshalb ist

60) Motive S. 82, § 296.

jede Auslegung, die den öffentlichen Charakter der in der Reichsärzteordnung festgelegten Maßnahmen und Verpflichtungen des Arztes leugnet, abwegig. Damit ergibt sich von selbst die Unvereinbarkeit der individualistischen Lehre mit der in der RÄO. zum Ausdruck gekommenen Auffassung. Das Institut der ärztlichen Schweigepflicht stellt eine grundlegende Maßnahme des Staates in seiner Gesundheitspolitik dar. Es erfüllt den Zweck, ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und dem Hilfesuchenden zu schaffen, da oft nur dann geholfen werden kann, wenn der Schützling sich rückhaltlos offenbart. Um dieses Vertrauensverhältnis zu schaffen, gewährleistet der Staat dem Kranken die Verschwiegenheit des Arztes dadurch, daß er diesem unter Strafdrohung befieht, über alle Tatsachen, die ihm offenbar geworden sind, zu schweigen. Die Geheimhaltungspflicht ist demnach ein gesundheitspolitisches Mittel öffentlicher Natur [61]).

Die hier vertretene Auffassung ist in vielem mit der bisherigen sozialen Richtung verwandt. Sie ist deshalb vor allem auch zwei Einwänden ausgesetzt, die schon immer vom individualistischen Standpunkt aus dagegen vorgetragen wurden.

Zunächst ist daraus, daß die Strafverfolgung wegen einer Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht nur auf Antrag des Verletzten eintritt, gefolgert worden, daß das geschützte Rechtsgut notwendigerweise privater Natur sein müsse [62]). Allein diese Ansicht ging und geht fehl; die Argumentation beruht auf einem Trugschluß.

Im ganzen gesehen lassen sich zwei Gruppen von Antragsdelikten unterscheiden [63]). Bei der einen handelt es sich um Straftaten, deren krimineller Gehalt geringfügig ist und die weniger im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung der Gemeinschaft, als im Interesse des Verletzten, um seinem Genugtuungsbedürfnis Rechnung zu tragen, mit Strafe bedroht sind. Es fallen hierunter außer den sogenannten Notdelikten, alle Privatklagevergehen [64]). Bei der andern Gruppe will man Nachteile, die sich für den Verletzten aus der Strafverfolgung ergeben können, vermeiden; es gerät hier das staatliche Strafverfolgungsbestreben in Konflikt mit dem Wunsch des Verletzten, die durch ein Strafverfahren drohen-

61) Wie die Durchsicht der letzten Literatur zeigt, ist wohl auch Schäfer Anhänger dieser Meinung, vgl. DtStrR. 1937, 118.

62) Vgl. Wolff 5; Serexhe 50; Givanowitch 315; Gans 6; a. A. aber schon Sauter 27, Chorus 9.

63) So Ernst Schäfer, Das kommende Dt. Strafrecht, Bes. T. 564. Henkel, ZStW. 56, 231 ff., unterteilt die Antragsdelikte in 3 Gruppen, indem er die oben erwähnte erste Gruppe in 2 Kategorien scheidet. Rechtsgrundsätzlich ist dagegen nichts einzuwenden; auch diese Einteilung ist möglich. Für unsere Untersuchung kommt der Frage aber keine weitere Bedeutung zu.

64) So Ernst Schäfer a.a.O.

den Schädigungen zu vermeiden[65]). Nur mit Rücksicht auf dessen besondere persönliche Interessen sah der Gesetzgeber von dem allgemeinen Strafverfolgungszwang ab.

Der ärztliche Geheimnisbruch gehörte schon nach bisheriger Auffassung nicht zu den durch ihren geringen Unwertgehalt ausgezeichneten Delikten[66]), und die neuesten Untersuchungen über das Wesen des Strafantrags im gegenwärtigen und kommenden Strafrecht reihen den Bruch der Schweigepflicht mit Recht in die zweite Kategorie der Antragsdelikte ein[67]). Diese schützen nun, wie etwa die Bestimmungen der §§ 172, 182 StGB. zeigen, durchaus nicht nur private, sondern auch öffentliche Interessen, so daß sich etwas Wesenhaftes für die Natur der Delikte der zweiten Gruppe aus dem Strafantragserfordernis nicht ergibt.

Wenn die Vorschläge der amtlichen Strafrechtskommission Gesetz werden, so wird im künftigen Strafrecht an die Stelle des Strafantrags eine andere Einrichtung treten: die Anhörung des Verletzten durch den Staatsanwalt bei der Entscheidung über die Strafverfolgung[68]). Da bei der Bedeutung des Delikts ein friedensrichterliches Verfahren nicht vorgesehen ist[69]), so würde nach der vorgesehenen Regelung allein die Straverfolgungsbehörde darüber entscheiden, ob nach den gegebenen Verhältnissen die Erhebung einer öffentlichen Anklage gerechtfertigt erscheint oder nicht.

Eng mit dem bisher Gesagten hängt der weitere, oft vorgebrachte Gedanke zusammen, aus der den Beteiligten eingeräumten Machtbefugnis, zu bestimmen, ob ein anvertrautes Privatgeheimnis offenbart werden dürfe, ergebe sich zwingend das private Wesen des Rechtsguts[70]). Da auch heute kein Zweifel besteht, daß eine mit Zustimmung des Geheimnisträgers erfolgte Offenbarung straffrei ist, so kann das schon zu der Annahme Anlaß geben, daß hier eine die Rechtswidrigkeit ausschließende Einwilligung in die Verletzung eines der Verfügungsgewalt des Geheimnisträgers unterliegenden Rechtsguts vorliegt. Zwingend wäre das Argument aber bloß, wenn sich die mangelnde Strafbarkeit eben nur unter diesem Gesichtspunkt erklären ließe. Das ist aber nicht der Fall. Auch nach der hier vertretenen Ansicht ist der mit Einwilligung des Geheimnisträgers offenbarende Arzt straffrei, und zwar ergibt sich die Straflosigkeit aus dem Tatbestandsmerkmal „fremdes Geheimnis". Darunter sind alle nur einem beschränkten Personenkreis be-

65) vgl. Henkel a.a.O., 232, 233.
66) S. v. Hippel 385.
67) Henkel a.a.O., 239, Schäfer a.a.O. 566.
68) Ernst Schäfer a.a.O. 566; s. auch Henkel a.a.O. 239.
69) vgl. Ernst Schäfer a.a.O. 568; Kohlrausch, das komm. deutsche Strafverfahren 544; Henkel ZStW. 239.
70) S. u. a. Günther 14 ff., auch Zschock 20.

kannten Tatsachen zu verstehen, an deren Geheimhaltung eine Privatperson ein Interesse hat[71]). Wenn diese Person nun ihr Interesse an der Geheimhaltung aufgibt,. so wird kein fremdes Geheimnis mehr offenbart, da das zum Wesen des Begriffs gehörige Moment des Interesses des Geheimnisträgers fehlt. Damit ergibt sich die Straflosigkeit des Täters unter dem Gesichtspunkt des mangelnden Tatbetandes[72]). Unsere Auffassung erfährt somit auch durch dieses Argument keine Widerlegung.

## III. Kapitel.

## DAS GÜTERABWÄGUNGSPRINZIP.

Mit der Feststellung des durch § 13 RÄO. geschützten Rechtsguts ist noch nicht entschieden, nach welchen Grundsätzen die Güterabwägung stattzufinden hat. Denn das Gesetz hat nicht zu der Frage Stellung genommen, ob bei der Abwertung der einzelnen Güter nach einer abstrakten, allgemeinen Wertordnung zu verfahren ist[73]), oder ob eine Wertung Platz zu greifen hat, die die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt[74]).

Die Lehre stand bisher schon mit Recht auf dem Standpunkt, daß sich eine „durchgreifende Taxordnung“[75]) der Rechtsgüter nicht aufstellen lasse, jedenfalls aber eine abstrakte Wertskala den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht werde[76]). Wir haben keinen Anlaß zu der Annahme, daß der Gesetzgeber entgegen der herrschenden Lehre einer abstrakten Abwertung den Vorzug gibt und damit einer in ihrer Schablonenmäßigkeit lebensfremd wirkenden Wertordnung das Wort redet.

Gerhardy[77]) hat darauf hingewiesen, daß die Entwürfe seit 1911 ständig eine Verschärfung der Voraussetzungen der berechtigten Preisgabe anvertrauter Geheimnisse und eine Verlegung des Schwerpunktes aus dem rein subjektiven Gebiet in die objektive Rechtslage gebracht haben. Wie er im einzelnen ausführt, umschrieb § 291 G.E. das Erfordernis in folgender Weise: „Hat der Täter ... zu wahren b e a b s i c h t i g t“. Der K.E. 19 sowie der

71) Vgl. Olshausen § 300, 1674; Frank § 300 I; K. Schäfer DJ. 36, 374. Die öffentliche Natur der Schutzaufgabe des § 13 RÄO. ist mit dieser Definition, woran kein Zweifel bestehen sollte, wohl vereinbar.

72) Ebenso Kallfelz 1345.

73) Dafür RGSt. 61, 242 ff., vgl. Henkel 82.

74) Hierfür insbesondere Henkel 82, 83; Merkel Kollision 78; Oetker 345.

75) Oetker a.a.O.

76) S. Anm. 74; vor allem hervorgehoben durch Henkel.

77) S. 83.

A.E. 1925 hielten die Voraussetzung für genügend, daß die gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig berücksichtigt bezw. abgewogen worden sind. Der § 325 Abs. 3 E. 27 („... und wenn das gefährdete Rechtsgut überwiegt") verlangte neben dieser stillschweigend vorausgesetzten Abwägung durch den Arzt noch ein vom Standpunkt der Allgemeinheit aus damit übereinstimmendes Werturteil der Gemeinschaft. Daran hält auch § 13 Abs. 3 RÄO. fest: Das bedrohte Rechtsgut muß objektiv überwiegen. Es genügt nicht mehr wie in den ersten Entwürfen die subjektive Wertvorstellung des Täters. Dabei gibt den objektiven Wertmaßstab die Anschauung des in der nationalsozialistischen Weltanschauung erzogenen deutschen Volkes ab. Das Gesetz bekennt sich damit zu einer Auffassung, die früher schon vor allem von Sauer [78]) vertreten worden ist. Es kann dabei auf sich beruhen, ob es gesetzespolitisch richtig ist, die Wertverhältnisse der einzelnen Güter nur vom Standpunkt der Allgemeinheit zu bestimmen, oder ob nicht doch besser wie Henkel [79]) will, der Wert zu entscheiden hat, den die Rechtsgüter für die Beteiligten haben. Das geltende Recht ist dem ersten Gedanken gefolgt, und das ist entscheidend. Deshalb handelt der Geheimnispflichtige, der eine falsche Abwertung der im Widerstreit befindlichen Güter vornimmt, selbst dann rechtswidrig, wenn er nach Lage der Umstände der Ansicht sein konnte, eine den Verhältnissen des Einzelfalles gerechtwerdende Güterabwägung vorgenommen zu haben; doch wird sich seine Straflosigkeit regelmäßig daraus ergeben, daß es bei ihm am erforderlichen Vorsatz gefehlt hat.

## IV. Kapitel.

## RECHTSPFLICHT UND GÜTERABWÄGUNG.

Wir haben schon früher hervorgehoben, daß die Erfüllung einer Rechtspflicht nicht unbedingt der Schweigepflicht vorgeht, sondern daß der hier vorliegende Notstand nach den Grundsätzen der Güterabwägung zu lösen ist.

Die Offenbarungspflichten sind teils Anzeige-, teils Auskunftspflichten; sie finden sich verstreut in den verschiedensten Rechtsgebieten. Sachlich lassen sie sich in folgende Gruppen einteilen:

### 1. Offenbarungspflichten im Interesse der Volksgesundheit.

Hierunter fallen vor allem die Bestimmungen der §§ 2, 45 des Gesetzes betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten

78) S. 326.
79) S. 83.

vom 13. 6. 1900 (Reichsseuchengesetz), §§ 2, 3, 6 Abs. 3 der Verordnung zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 1. Dez. 1938 (RGBl. I, 1721), § 15 des Impfgesetzes vom 8. 4. 1874, § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927, § 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. 7. 1933, Art. 3, Abs. 4 und Art. 8 und 9 der 1. Ausführungsverordnung vom 5. 12. 1933, Art. 8 Abs. 1 Art. 13 (als Absatz 2 zu Artikel 8 der 1. Ausführungsverordnung), Art. 12 und 14 der 4. Ausführungsverordnung [80]) vom 18. 7. 1935, Art. 2 Abs. 2 der 5. Ausführungsverordnung vom 25. 2. 1936 zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, § 2 Abs. 2 und 3 der 1. Durchführungsverordnung vom 29. 11. 1935 zum Ehegesundheitsgesetz vom 18. 10. 1935.

Alle eben genannten Vorschriften dienen entweder der Gesundheit im allgemeinen [81]) oder der Erb- und Rassenpflege des deutschen Volkes im besonderen [82]). Ihre Schutzaufgabe ist somit dieselbe wie die des § 13 RÄO. Eine Güterabwägung scheidet deshalb aus. Der Gesetzgeber hat sie generell zugunsten des Allgemeininteresses an der Offenbarung getroffen. Natürlich ist nur die Offenbarung befugt, die pflichtgemäß gegenüber den zuständigen Stellen geschieht [84]).

Eine Preisgabe des Geheimnisses an unbeteiligte Dritte geschieht nicht mehr in Erfüllung einer Rechtspflicht, der Täter macht sich regelmäßig strafbar.

### 2. Offenbarungspflichten im Interesse der Staats- und Rechtssicherheit.

Hauptanwendungsfälle enthalten die §§ 139 StGB. und 13 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. 6. 1884. Danach wird bestraft, wer von dem Vorhaben eines Hochverrats oder Landesverrats, einer Wehrmittelbeschädigung, eines Verbrechens wider das Leben,

80) Danach hat der Arzt von jeder zu seiner Kenntnis gelangten Unterbrechung der Schwangerschaft, sowie jeder vor Vollendung der 32. Schwangerschaftswoche eintretenden Fehlgeburt (Fruchtabgang) oder Frühgeburt binnen 3 Tagen dem zuständigen Amtsarzt schriftlich Anzeige zu machen. Er kann deshalb nicht mehr als berechtigt gelten, von einer beruflich zu seiner Kenntnis gelangten Abtreibung der Staatsanwaltschaft Mitteilung zu machen. Hierüber entscheidet allein der Amtsarzt.

81) So z. B. § 15 Impfges.; § 9 Geschlechtskrankenges., § 2, 45 Reichsseuchengesetz.

82) Hierunter fallen die Bestimmungen des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und des Ehegesundheitsgesetzes. Vgl. auch Beschl. d. Erbgesundheitsobergerichtes Berlin vom 8. 5. 1935, JW. 35, 2150.

83) So mit Recht auch Neukamp 81.

84) So mit Recht auch Neukamp 81.

eines Münzverbrechens, eines Raubes, Menschenraubes, gemeingefährlichen oder Sprengstoffverbrechens glaubhafte Kenntnis erhält und es unterläßt, der Behörde oder dem Bedrohten hiervon zur rechten Zeit Anzeige zu machen. Nach dem Zweck der Vorschriften soll sich jeder rückhaltlos für die Verhütung dieser staatsgefährlichen und gemeinschaftsschädlichen Verbrechen einsetzen. Es ist klar, daß hier, wo letzte Werte des Volkes auf dem Spiele stehen, die Schweigepflicht zurückzutreten hat. Der vielleicht niemals wiedergutzumachende Schaden, der durch die Begehung jener Verbrechen eintritt, ist unverhältnismäßig größer, als die Nachteile, die durch den Bruch der Verschwiegenheitspflicht des Arztes aus Anlaß solcher Umstände eintreten [85]).

### 3. Offenbarungspflichten im Interesse einer geordneten Verwaltung.

Von besonderem Interesse sind hier die Vorschriften der §§ 17, 18 Abs. 4, 19, 33, 34, 68 und 69 des Personenstandsgesetzes vom 3. Nov. 1937 (RGBl. I, 1146), sowie der §§ 170, 171 und 205 der Reichsabgabenordnung (A.O.) vom 22. 5. 1931. Die zuerst genannten Vorschriften des Personenstandsgesetzes enthalten Anzeigepflichten aus Gründen einer geordneten Verwaltung. Jeder Staat muß seinen Bevölkerungsbestand kennen. Sein Wissen kann er aber nur von Personen beziehen, die über die Verhältnisse unterrichtet sind. Da der Arzt auf Grund seiner Tätigkeit in vielen Fällen über Geburten und Sterbefälle Auskunft geben kann, so legt ihm das Gesetz, wenn andere die Anzeige versäumen, die Verpflichtung auf, seine Kenntnis preiszugeben. Würde man unter Berufung auf die Schweigepflicht dem Staat das Recht versagen, vom Arzt die Offenbarung zu verlangen, so wäre es praktisch unmöglich, eine klare Übersicht über den jeweiligen Stand der Bevölkerung zu erhalten. Untragbare jeder gesunden Staatsordnung widersprechende Verhältnisse wären die Folge. Damit ist über das Ergebnis des Pflichtenwiderstreites schon das Wort gesprochen. Die Staatsinteressen überwiegen, und die Schweigepflicht hat zurückzutreten. Der Arzt darf und muß offenbaren [86]). Im Weigerungsfalle unterliegt er der Erzwingungsstrafe des § 69 PGSt. und macht sich obendrein nach § 68 PStG. strafbar. Übrigens unterliegen die Standesbeamten gemäß § 8 RBG. der Verschwiegenheits-

85) Das Ergebnis ist heute unbestritten. Vgl. bei Olshausen § 300, 1686 und L. K. § 300, 7.

86) Auch das ist heute durchaus anerkannt. s. bei Olshausen und L. K. a.a.O.

pflicht, so daß für jede nur mögliche Berücksichtigung der kollidierenden Interessen gesorgt ist.

Die Vorschriften der §§ 170, 171 und 205 A.O. enthalten im steuerlichen Interesse des Reiches geschaffene Auskunftspflichten. Eine gerechte und gleichmäßige Besteuerung ist nur dann gewährleistet, wenn die Pflichtigen die Besteuerungsgrundlagen wahrheitsgemäß und vollständig in den Steuererklärungen angeben. Nur zu oft sind aber die gemachten Angaben lückenhaft und unrichtig, so daß eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Vervollständigung erforderlich ist. Zu diesem Zwecke wird der Schuldner gemäß §§ 205, 170, 171 A.O. aufgefordert, die Lücken zu ergänzen und etwaige Zweifel zu beseitigen. Dieser Verpflichtung hat er nachzukommen und alle erforderlich werdenden Auskünfte zu erteilen. Seinem berechtigten Wunsche nach Diskretion trägt das Gesetz dabei Rechnung und legt in §§ 22, 206, 412 A.O. allen mit der Erforschung des Sachverhalts betrauten Personen Schweigepflicht auf. Bei dieser Sachlage kann auch dem Arzt nicht mehr das Recht zugestanden werden, unter Hinweis auf seine Geheimhaltungspflicht die Aussage zu verweigern. Denn damit wäre für den ärztlichen Berufsstand ein Sonderrecht geschaffen, was zweifellos nicht im Willen des Gesetzgebers lag. Der Arzt muß wie jeder andere zu einer Verwirklichung der Grundsätze einer gerechten Besteuerung beitragen. Selbstverständlich darf die Substantiierung nicht weitergehen, als es zur Erreichung des steuerlichen Ziels erforderlich ist. Durch die nach der A.O. bestehende Schweigepflicht sind übrigens hinreichende Garantien für einen Schutz der berechtigten Interessen seiner Patienten geschaffen. Der Zweck der ärztlichen Schweigepflicht wird nicht vereitelt[87]).

### 4. Offenbarungspflichten im Interesse der Rechtspflege.

Gemäß § 807 ZPO. ist der Schuldner im Offenbarungseidsverfahren auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen und in betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen. Nach § 836 ZPO. hat der Vollstrekkungsschuldner dem Gläubiger, der eine Forderung gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und die darüber vorhandenen Urkunden herauszugeben. Ist das Konkursverfahren angeordnet, so hat der Gemeinschuldner gemäß § 100 K.O. dem Konkursverwalter, dem Gläubigerausschuß und, auf Anordnung des

87) S. auch bei L. K. a.a.O.

Gerichts, auch der Gläubigerversammlung Auskunft über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse zu geben. Der Arzt, der Schuldner eines dieser Verfahren ist, steht vor der Frage, ob er über seine Honorarforderungen auch dann genaue Auskunft zu geben und notfalls die Krankenberichte auszuliefern hat, wenn damit ein Bruch der Schweigepflicht verbunden ist[88]).

Die Entscheidung ist keineswegs unzweifelhaft, da häufig hier die widerstreitenden Interessen fast gleichwertig erscheinen.

Im Schrifttum hat, soweit ersichtlich, Schubart als erster, allerdings nur zu dem mit § 807 ZPO. zusammenhängenden Problem Stellung genommen und der unbedingten Schweigepflicht das Wort geredet[89]). Die Verpflichtung zur Offenlegung der Verhältnisse der Patienten führe zu einer Störung der sozial wichtigen Beziehungen zwischen Arzt und Kranken, berühre damit die Interessen der gesamten Ärzteschaft und beschwöre eine allgemeine Unsicherheit herauf. Den entgegengesetzten Standpunkt hat Gumbinner in der Erwiderung vertreten[90]). Nach seiner Ansicht muß der Arzt, so gut er berechtigt ist, seine Honorarforderung einzuklagen, auch für berechtigt gehalten werden, die Namen der Patienten in das Vermögensverzeichnis aufzunehmen. Die Meinung Schubarts versperre den Gläubigern die Möglichkeit, in die Honorarforderung zu vollstrecken und schaffe für den Arzt die angenehme Lage, bei Vermögenslosigkeit im übrigen, seine Gläubiger nicht befriedigen zu brauchen[91]).

Gumbinner ist im Ergebnis beizustimmen. Es ist richtig, daß die Gläubiger machtlos sind, wenn der Arzt das Recht hat, die Aufzeichnung seiner Honorarforderungs in das Vermögensverzeichnis abzulehnen. Die Folge wäre, daß tatsächlich die nach Lage der Dinge wichtigsten Vermögensgegenstände einer Pfändung entzogen würden. Das kann nicht richtig sein. Wenn das Gesetz dem Rechtsuchenden die Möglichkeit gewährt, seine Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung zu verwirklichen, so kann sich niemand, sofern nicht ausdrücklich Ausnahmen zugelassen sind, darauf

---

88) Die Fälle sind übrigens nicht so häufig, wie man gemeinhin annehmen möchte. Die Tatsache allein, daß man einen Arzt aufgesucht hat, ist vielfach noch kein Geheimnis in dem oben gekennzeichneten Sinne und die Schuldnerschaft als solche ist dem Arzt nicht in Ausübung seines Berufs anvertraut oder zugänglich geworden, sondern erst eine Folge der ärztlichen Tätigkeit. In der Hauptsache taucht das Problem bei Inanspruchnahme eines Arztes für Geschlechtskrankheiten, eines Psychiaters u. a. auf.

89) S. 822.

90) S. 990.

91) Der Ansicht Gumbinners hat sich, wenn auch nicht ohne Bedenken, Ebermayer, Arzt und Patient 62, angeschlossen. Ebenso Olshausen § 300, 1689, Schäfer-Lehmann 144 und Kallfelz 1345.

berufen, daß das Gesetz für ihn keine Gültigkeit habe. Vollends kann das nicht ein ganzer Berufsstand. Das bedeutete die Aufstellung eines Ausnahmerechts für die Ärzteschaft und öffnete unlauteren Machenschaften Tür und Tor. Die unausbleibliche Folge wäre eine Störung der allgemeinen Rechtssicherheit, die nicht gering veranschlagt werden darf. Bei einer gerechten Abwägung muß deshalb die Schweigepflicht zurücktreten, auch wenn im Einzelfall Härten unvermeidlich sind.

Für die Fälle der §§ 836 ZPO., 100 KO. ist nichts besonderes zu sagen. Die Rechtslage ist dieselbe. Die für den § 807 ZPO. aufgestellten Grundsätze gelten sinngemäß.

Übrigens bedeutet der Vorrang der Offenbarungspflichten des Zwangsvollstreckungsrechts durchaus nicht, daß der Arzt nicht doch tunlichst die Interessen seiner Patienten zu schützen hat. Genügt für den Gläubiger im einzelnen Fall die allgemein gehaltene Angabe des Schuldgrundes, so darf der Arzt nicht weitere Einzelheiten offenbaren und dadurch unnötigerweise geheimzuhaltende Tatsachen in die Öffentlichkeit tragen. Die Krankengeschichte vollends auszuliefern, ist er erst dann berechtigt, wenn sie dem Gläubiger zur Geltendmachung des Anspruchs gegen den Dritten unentbehrlich ist, ein Fall, der praktisch wohl kaum je vorkommt. In Zweifelsfällen wird der gewissenhafte Arzt eine weitere Auskunft oder die Ablieferung des Krankenblatts verweigern und eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen. Ihr hat er dann allerdings in jedem Falle nachzukommen [92]).

Gumbinner hat in seinem Aufsatz dem Arzt auch das Recht zugebilligt, eine Honorarforderung abzutreten und dem neuen Gläubiger gemäß § 402 BGB. die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen, selbst wenn dadurch anvertraute Geheimnisse offenbart würden [93]). Diese Ansicht kann nicht unwidersprochen bleiben. Zwar besteht kein Zweifel, daß auch die Verpflichtung aus § 402 BGB. eine Rechtspflicht im Sinne des § 13 Abs. 3 RÄO. ist, aber bei einer gerechten Abwägung der kollidierenden Interessen verdient die Schweigepflicht den Vorzug. Sie ist, wie wir sahen, ein politisches Mittel des neuen Staates im Kampf um die Gesunderhaltung, die Erb- und Rassereinheit des deutschen Menschen und soll den Arzt befähigen, seiner Aufgabe als Hüter und Bewahrer der Gesundheit und des Erbgutes des deutschen Volkes gerecht zu werden. Die große Verantwortung, die ihm obliegt, und die seiner Tätigkeit recht eigentlich die Eigenschaft einer öffentlichen Funktion verleiht, verbietet von selbst jede

92) L. K. § 300 7 u.
93) Gubinner a.a.O., ebenso Schäfer-Lehmann 144

Preisgabe anvertrauter Geheimnisse um wirtschaftlicher Zwecke willen, die mit der ethisch-politischen Zielsetzung seines Berufes unvereinbar sind. Nun mag man es nehmen wie man will, die mit der Abtretung eines Honoraranspruchs an einen Dritten gemäß § 402 BGB. verbundene Verpflichtung zur Auskunftserteilung stellt sich immer nur als ein Teil der allgemeinen Vertragspflichten dar. Zwar sollen auch Verträge gehalten werden, aber wenn sie den obersten staatspolitischen Grundsätzen widersprechen, so kann allein schon deswegen die Frage aufgeworfen werden, ob sie nicht gemäß § 138 BGB. nichtig sind. Selbst wenn man diese Ansicht aber nicht teilt, ist jedenfalls soviel klar, daß die Vertragsbeziehungen zwischen dem Arzt und dem Gläubiger und die darin enthaltenen Auskunftspflichten gegenüber den mit der Schweigepflicht verfolgten Staatszwecken zurückzutreten haben. Die Auskunftserteilung gemäß § 402 BGB. unter Offenbarung anvertrauter Geheimnisse ist nach allem rechtswidrig, der Arzt macht sich strafbar. Deshalb muß der Richter auch die Klage des Zedenten gegen den Arzt auf Auskunftserteilung abweisen, da ein Urteil, auf Vornahme einer gesetzwidrigen Handlung unzulässig ist[94]). Dem Gläubiger bleibt nichts weiter übrig, als wegen Nichterfüllung Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.

Anders ist allerdings zu entscheiden, wenn der Arzt eine Honorarforderung seiner Verrechnungsstelle abgetreten hat und ihr nunmehr die zur Geltendmachung der Forderung nähere Auskunft erteilt. Das Tätigkeitsgebiet einer solchen Verrechnungsstelle, die in der Form eines eingetragenen Vereins eine rechtsfähige Körperschaft darstellt, besteht in der treuhänderischen Einziehung der von den Vereinsmitgliedern zu diesem Zweck an sie abgetretenen Honorarforderungen und das juristische Problem geht, anders als oben, darum, ob die Angestellten der Verrechnungsstelle als berufsmäßige Gehilfen des Arztes im Sinne des § 13 Abs. 2 RÄO. anzusehen sind[95]). Sind sie Gehilfen, so unterliegen sie der Schweigepflicht, und es darf ihnen über die abgetretenen Forderungen nähere Auskunft erteilt werden[96]). Sind sie es nicht, so muß eine Auskunftserteilung auch bei dieser Form der Abtretung zur Einziehung für unzulässig gehalten werden.

Es ist heute unbestritten, daß zu den berufsmäßigen Gehilfen nicht nur die unmittelbar bei der Behandlung und Pflege tätigen Personen, wie etwa die Assistenten und Krankenschwestern gehören, sondern auch die nur mit der Ausführung der büromäßigen

94) Baumbach § 300, 1.

95) Daß die ärztliche Verrechnungsstelle als solche nicht Gehilfin im Sinne des Gesetzes ist, ist selbstverständlich. Verschwiegenheit kann nur eine natürliche Person bewahren.

96) Hippe 289, 290; Binding, Lehrb. 126.

Arbeiten des Arztes betrauten Hilfskräfte, soweit sie berufsmäßig bei Ausführung dieser Arbeiten Einblick in die Krankengeschichte und das Privatleben des Patienten erhalten [97]).

Deshalb ist die Sekretärin eines Arztes, die Buchhaltungsarbeiten und das Rechnungswesen erledigt, Gehilfin im Sinne des Gesetzes [98]). Wenn der Arzt bei einer großen Praxis mehrere Bürokräfte beschäftigt und deren Arbeitsgebiet sachlich aufteilt, so ist kein Grund erfindlich, warum die einzelnen Mitarbeiter nicht auch weiterhin Gehilfen sein sollten. Einem Angestellten also, der nur die Mahn- und Klagesachen zu erledigen hat, kann befugt offenbart werden. Betrauen mehrere Ärzte, um eine geordnete Erledigung ihrer Mahn- und Prozeß-Angelegenheiten sicherzustellen und Unkosten zu sparen, gemeinsam eine oder mehrere Bürokräfte mit diesen Aufgaben, so verlieren die letzteren ihre Gehilfeneigenschaft ebenfalls nicht, sofern nur die Tätigkeit berufsmäßig ausgeübt wird. Der Gehilfenbegriff kann nicht an büromäßige Bedingtheiten geknüpft sein, dafür fehlt jeder innere Grund. Der Angestellte ist, wenn er ständig verschiedenen Ärzten hilft, berufsmäßiger Gehilfe eines jeden einzelnen Arztes.

Das alles trifft auch auf den Angestellten der ärztlichen Verrechnungsstelle zu. Zweifel an dessen Gehilfeneigenschaft könnten nur aus dem Grunde entstehen, weil er die Honorarforderung nicht als Beauftragter des Arztes, sondern als Dienstverpflichteter einer selbständigen Rechtspersönlichkeit geltend macht. Hier muß aber beachtet werden, daß die organisationsmäßige Erfassung der Hilfskräfte in einer besonderen rechtsfähigen Körperschaft an deren sachlichem Aufgabengebiet, der Durchführung der Mahn- und Klagesachen, nichts ändert. Die Wahl der Rechtsform entspringt nur äußeren Gesichtspunkten, um die Fortführung der ärztlichen Hilfssarbeit auf größerer Grundlage sicherzustellen und die Durchsetzung der Ansprüche im Verkehr mit dem Gericht und den Schuldnern zu erleichtern. Eine rechtsinhaltliche, auf das Wesen der Sache sehende Betrachtung kann deshalb keinen Anstoß an dem Wandel der Formen nehmen. Auch der Angestellte der ärztlichen Verreknungsstelle ist, wie es auch den Bedürfnissen der Praxis entspricht, als berufsmäßiger Gehilfe der beteiligten Ärze im Sinne des § 13 Abs. 2 RÄO. anzusehen. Ihm darf gemäß § 402 BGB. die erforderliche Auskunft erteilt werden.

Im Zusammenhang mit diesem Abschnitt soll noch eine Streitfrage behandelt werden, die bisher Gegenstand lebhafter Erörterungen war: Das Verhältnis zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und Schweigepflicht.

---

97) Kallfelz 1344.
98) Ebermayer, Arzt und Patient 59; L .K. § 300.

Nach § 53, Ziff. 3 StPO. sind Ärzte berechtigt, das Zeugnis über das, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist, zu verweigern. Die Zivilprozeßordnung erklärt im § 383 Ziff. 5 Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht, für berechtigt, das Zeugnis zu verweigern. Nach beiden Ordnungen muß der Zeuge aber aussagen, wenn er von der Schweigepflicht entbunden ist. § 383 Abs. 3 ZPO. enthält noch die der Strafprozeßordnung unbekannte Bestimmung, daß, auch wenn das Zeugnis nicht verweigert wird, die Vernehmung nicht auf Tatsachen zu richten ist, „in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann".

Aus der letzteren Vorschrift ist gefolgert worden[99]), daß die Strafprozeßordnung im Interesse der Wahrheitsforschung in weiterem Umfange eine Offenbarung verlange als die Zivilprozeßordnung. Allein die Ansicht ist unrichtig. Die verschiedenartige Regelung geht darauf zurück, daß im Zivilprozeß grundsätzlich alle Personen zeugnisverweigerungsberechtigt sind, denen berufsmäßig Geheimnisse anvertraut werden, während der Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten nach der Strafprozeßordnung erheblich enger umgrenzt ist. Hier handelt es sich um Personen, die auf Grund ihrer allgemeinen Vorbildung die Vermutung für sich haben, über Wesen und Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts unterrichtet zu sein; dort sind auch diejenigen weigerungsberechtigt, die nach der allgemeinen Erfahrung häufig ein klares Bild weder über die Bedeutung, noch die Tragweite der ihnen auferlegten Schweigepflicht haben. Um sie vor einer Pflichtverletzung zu bewahren, soll der Richter nicht Fragen an sie stellen, die möglicherweise zu einer unbefugten Offenbarung führen könnten. Nur das ist der Sinn des § 383, Abs. 3 ZPO. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen beiden Prozeßarten besteht also nicht, das aufgeworfene Problem ist einheitlich zu entscheiden[100]).

Der Streit der Meinungen selbst wird durch zwei Theorien bestimmt:

Die erste sieht in den prozessualen, das Zeugnisverweigerungsrecht regelnden Vorschriften eine materielle Beschränkung der Strafbestimmung gegen den Geheimnisverrat. Die §§ 53 Ziff. 3 StPO. und 383 Ziff. 5 ZPO. stellten nur eine Berechtigung, nicht auch eine Verpflichtung zur Zeugnisverweigerung fest. Daraus er-

99) Krauss, Mon. Schr. Krim. Psych. 1, 156; Wolff 79; Schäfer 376.
100) So auch Hilgers 20; vgl. ferner Jellinek 675.

gäben sich für den Arzt zwei Möglichkeiten, nämlich nach seiner Wahl entweder auszusagen oder das Zeugnis zu verweigern. Das Recht, das Zeugnis zu verweigern, schließe das Recht in sich ein, auszusagen. Der Staat berücksichtige hier selbst die Pflichtenkollision zwischen der Zeugenpflicht und der Schweigepflicht und löse sie im Interesse eines gerechten Ausgleichs der widerstreitenden Interessen „der Rechtspflege zuliebe“ [101]) dadurch, daß er die Entscheidung zwischen beiden in das pflichtmäßige Ermessen des Arztes stelle [102]).

Die andere heute wohl herrschende Ansicht verwirft den Gedanken, daß die Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht einen materiellen Inhalt hätten. Nach ihr hat das Gesetz den Arzt, um ihm die Erfüllung der Schweigepflicht zu garantieren, durch die Einräumung des Zeugnisverweigerungsrechts von der allgemeinen Aussagepflicht entbunden. Bei dieser Rechtslage fehle ein innerer Grund, im Falle der unbefugten Offenbarung von einer Bestrafung abzusehen [103]).

Die Reichsärzteordnung hat bedauerlicherweise das Verhältnis zwischen der Schweigepflicht und dem Zeugnisverweigerungsrecht

---

101) Binding, Lehrb. 127.

102) Binding a.a.O.; Haelschner 218; Merkel 350; Oppenhoff-Delius § 300, 9; Placzek 9; Seréxhe 83 ff.; Zschock 41 ff.; Jummel 43 ff.; Gans 27 ff.; Kraus 155; Wolff 52 ff.; Schwarz § 300, 3 e; Gra v. Rex 40; Gerland 544; Allfeld 407; Olshausen § 300, 1687; Nicht hierher gehört aber die Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt. 19, 365, wie die Anmerkung des Reichsgerichts in RGZ. 53, 317 beweist; vgl. hierzu Sauter 250 und Beschl. des Hans. OLG. vom 4. 5. 34, DStr. 36, 439, sowie Henkel in der Anm. hierzu.

103) So Ludwig 44; Sandheim 28; Flesch 34; Liebmann 11; Schlegtendal 504; Wex 309; Jellinek 686; Bendix 14; Chorus 41, 54 ff.; Liszt-Schmidt 590 Note 11; Ebermayer, Arzt und Patient 67; ders. DJZ. 1910, 1219; L. K. § 300, 7 S. 1014; Löwe-Rosenberg § 53, Anm. 18; Stein-Jonas § 383 III, 2; Schäfer-Lehmann 148; RGZ. 53, 315; RGSt. 48, 270, 57, 63; Rutkowsky DR. 38, 430; Hans. OLG., DStr. 36, 437 ff. und Henkel ebenda, 439 ff.

Wann eine Offenbarung jeweils für befugt gehalten wurde, ist oben ausgeführt worden. Die Vertreter einer formalpositivistischen Betrachtungsweise erkannten, wie schon gesagt, eine solche Befugnis nur auf Grund einer gesetzlichen Redepflicht oder mit Einwilligung des Geheimnisträgers an. Folgerichtig kamen sie zu dem Ergebnis, daß jede Zeugenaussage unter Preisgabe des anvertrauten Geheimnisses rechtswidrig sei. S. Ludwig, Sandheim, Flesch und Schlegtendahl a.a.O.

Die Anhänger einer rechtsinhaltlichen Betrachtungsweise ließen im Einzelfall eine Abwägung der kollidierenden Interessen entscheidend sein, so z. B. Liszt-Schmidt, Ebermayer, Chorus, L. K. und Henkel a.a.O.

Die bei Henkel angeführte Meinung Kleinfellers, daß die Aussage des ein Berufsgeheimnis offenbarenden Zeugen auf Verlangen des Gerichts erfolge und deshalb nicht rechtswidrig sein könne, hat ebenso wie die Ansicht Franks dort ihre zutreffende Widerlegung erfahren. Beide Auffassungen sind übrigens vereinzelt geblieben.

des Arztes nicht geklärt[104]). Damit entsteht die Notwendigkeit einer erneuten Untersuchung des Problems.

Schon früher hatte Günther[105]), wenn auch nicht unwidersprochen[106]), darauf hingewiesen, daß das Wort „berechtigt" in den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht ein redaktioneller Fehler des Gesetzes sei, daß es richtig heißen müsse „befreit von der Verpflichtung zur Zeugenaussage". In der Sache hat er die Zustimmung von Graf zu Dohna[107]) und Hilgers[108]) gefunden.

In der Tat ist die Ausdrucksweise des Gesetzes juristisch nicht zutreffend und erklärt auch nicht das Wesen der Sache. Die Zivilprozeßordnung sowohl wie die Strafprozeßordnung gehen von der grundsätzlich bestehenden Zeugnispflicht aus. Jeder ordnungsgemäß geladene und pflichtmäßig erschienene Zeuge hat vor Gericht seine Aussage zu machen und sie gegebenenfalls zu beeiden. Ausnahmsweise durchbricht das Gesetz seinen eigenen Grundsatz und befreit gewisse Personengruppen von der Aussagepflicht. Es wird damit eine Ausnahme von der Regel geschaffen, ein Prozeßgrundsatz durchbrochen. Die Vorgeschichte der beiden Prozeßordnungen ergibt, daß die Durchbrechung erfolgt ist, um den Ärzten die Möglichkeit zu geben, ihrer nach materiellem Recht begründeten Schweigepflicht auch im Prozeß nachzukommen.

Der Entwurf der Strafprozeßordnung hatte zunächst den Ärzten kein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkannt. Erst in der 1. Lesung der Kommission[109]) wurden sie auf Antrag mit der Begründung in die Gruppe der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen eingereiht, weil sie gerade wegen der Strafdrohung des § 300 StGB. von der allgemeinen Zeugnispflicht befreit bleiben sollten; die Stellung eines Vertrauensmannes, die sie bisher besäßen, dürfe nicht erschüttert werden, man schädige sonst das öffentliche Wohl, indem man die Hilfesuchenden zur Zurückhaltung nötige[110]). Es liegt danach auf der Hand, daß das Zeugnisverweigerungsrecht nach der Strafprozeßordnung nur eine prozessuale Ergänzung, nicht aber eine materielle Beschränkung der Schweigepflicht sein sollte[111]).

---

104) So zutreffend Hellwig 373, a. A. aber Kallfelz 1346 und Schäfer 376.
105) S. 27.
106) Chorus 39.
107) S. 111.
108) S. 24; Vgl. auch Bendix 12, 13 und RGZ. 53, 315 ff.
109) Hahn-Stegmann Bd. 3, Abtlg. 1, 584; S. auch Abt. 2, 1212.
110) Vgl. Simonson 1017.
111) Auch das zukünftige Strafverfahren wird diese Auffassung beibehalten, vgl. Töve, d. komm. Dt. Strafverf. S. 216.

Im Entwurf zur ZPO. wird ausgeführt[112]), daß eine allgemeine Vorschrift, die Vernehmung des Arztes als Zeugen überhaupt als unzulässig zu bezeichnen, deshalb entbehrlich erscheine, weil das Strafgesetzbuch gegen Indiskretionen der zum Zeugnis vorgeschlagenen Personen genügend sichere. Die Bestimmung stehe mit § 300 StGB. im Einklang. Dieser Ausspruch wäre unverständlich und überflüssig, wenn der Geltungsbereich der Strafbestimmung durch die Prozeßordnung eine Einschränkung hätte erfahren sollen. Nach allem ist der Standpunkt der heute herrschenden Lehre zutreffend. Die Vorschriften der Strafprozeßordnung bezw. der ZPO. schränken die Schweigepflicht nicht ein. Der Arzt ist nur nach Maßgabe der im materiellen Recht begründeten Offenbarungsbefugnisse berechtigt, im Prozeß als Zeuge auszusagen. Im Hinblick auf § 13 RÄO. darf demnach der Arzt nur dann aussagen, wenn er einer sittlichen Pflicht oder einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck genügt und das bedrohte Rechtsgut überwiegt[113]).

In diesem Zusammenhang verdient die Bestimmung des § 383 Abs. 3 ZPO. nochmals eine Hervorhebung, da sie eine Bestätigung unserer Ansicht liefert. Danach ist bekanntlich die Vernehmung von Zeugen über solche Tatsachen verboten, über die ohne eine Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit das Zeugnis nicht abgelegt werden kann. Die Vorschrift wäre widersinnig, wenn die Zeugenaussage in jedem Falle straflos wäre, denn dann gäbe es solche Tatsachen überhaupt nicht[114]).

Henkel[115]) hat in seiner Besprechung noch das Problem gestreift, ob de lege ferenda in gewissen Fällen dem Zeugen die Entscheidung über Aussage oder Nichtaussage abzunehmen und die Aussagepflicht wiederherzustellen sei. Er hält es für richtig, bei den schwersten Verbrechensfällen den Wahrheitserforschungszweck den durch den Bruch der Schweigpflicht gefährdten Interssen unbedingt übrzuordnen. In diesen Fällen — für die gewisse

---

112) Hahn-Stegmann Bd. 2, Abt. 1, 312.

113) Der gleichen Ansicht Schäfer 376; Hellwig 373; Kallfelz 1346; Neukamp 83; W. Mittermayer 154; RGSt. 71, 21 ff.; daß er in diesem Falle aussagen müsse, behauptet Rutkowsky, DR. 38, 430; zu Unrecht; nicht § 13 Abs. 3 RÄO., sondern §§ 385 ZPO., 53 Abs. 2 StPO. begrenzen die Fälle, in denen das Weigerungsrecht zurücktritt. Zutreffend Stein-Jonas, ZPO. § 383 III 2 und RGSt. 71, 23. Seine Ansicht, der Arzt habe auch die Verpflichtung, vor der Strafverfolgungsbehörde auch im Vorverfahren auszusagen, entbehrt jeder Begründung. Wenn er schon in der Haupthandlung seine Aussage verweigern kann, dann erst recht im Vorverfahren. Der Satz, die Wahrheitsforschung der öffentlichen Strafgerichtsbarkeit sei stets als überwiegendes Rechtsgut anzusehen, wird durch die Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht von selbst widerlegt.

114) So mit Recht Hilgers 24.

115) S. 440.

Sicherungen vorzusehen sind — dürfe nicht der Zeuge die Abwägung der widerstreitenden Interessen vornehmen und danach über sein Aussagerecht befinden, das müsse vielmehr den Organen der Strafrechtspflege überlassen bleiben.

Gewiß entsprechen die Erwägungen durchaus unserem heutigen Rechtsdenken, aber solange das Gesetz noch dem Zeugen klar und ausdrücklich gestattet, seine Aussage zu verweigern, wird man wohl keine Möglichkeit haben, hier im Wege der Auslegung zu helfen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, durch eine Abänderung der betreffenden Vorschriften Wandel zu schaffen[116]).

Über das Recht des Sachverständigen, die Erstattung eines Gutachtens zu verweigern, ist nichts besonderes zu sagen. Die ZPO. und die StPO. verweisen in dem § 76 bezw. 408 auf die für die Zeugen geltenden Vorschriften. Es hat also grundsätzlich das oben Gesagte auch hier Gültigkeit. Erwähnt werden soll noch, daß der Gutachter dann nicht unbefugt offenbart, wenn er bei der Erstattung seines Gutachtens Tatsachen preisgibt, die ihm etwa von dem Angeklagten oder dessen Verwandten gelegentlich der Untersuchung mitgeteilt wurden[117]). Hier trifft der Schutzgedanke des Gesetzes überhaupt nicht zu. Der Gutachter wird nicht tätig als Organ der Gesundheitspflege, sondern als staatliches Rechtspflegeorgan, das mit zur Wahrheitsfindung berufen ist.

Noch einige Worte zu der Frage der Beschlagnahme ärztlicher Aufzeichnungen:

Daß die Beschlagnahme von Krankengeschichten auf Grund der §§ 94, 95 StPO. zulässig ist, gilt heute unbestritten[118]). Aber immer noch ist ungeklärt, ob es der Arzt auf eine Beschlagnahme ankommen lassen muß, oder ob er auf Erfordern der Strafverfolgungsbehörde das Krankenjournal auch freiwillig herausgeben darf. Chorus[119]) hält die letztere Auffassung für verfehlt; das Gesetz

116) So auch Henkel a.a.O. a. A. Gerhardy 490. Nach ihm darf in Österreich der Arzt seine Aussage nicht verweigern, wenn ihn der Richter von der Schweigepflicht entbindet. — Die Ausführungen Töwes, d. komm. Dt. Strafverfahren lassen leider nicht erkennen, wie es im zukünftigen Strafprozeß gehandhabt werden soll. Einmal S. 216 heißt es, daß es nicht angängig sei, den Zeugen zur Aussage zu zwingen, auch wenn wichtige Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiele stünden, zum andern wird aber S. 217 bemerkt, daß sämtliche schweigepflichtigen Personen zur Aussage gezwungen werden können, wenn das zur Wahrheitserforschung unerläßlich und angesichts der Bedeutung der Sache geboten ist. Darin liegt, was Rutkowsky zutreffend rügt (DR. 38, 431) ein innerer Widerspruch.

117) So auch Olshausen § 300, 1687; Chorus 44, 45 und Waltz 28, a. A. Hoche 599.

118) Die Ausführungen Littens 57 ff. und der Beschluß des Kammergerichts vom 23. 5. 1913 Goltd. Arch. 61, 364 waren für diese Meinung ausschlaggebend. a. A. früher vor allem Beling 21.

119) S. 47.

gewähre auf der einen Seite dem Arzt ein Zeugnisverweigerungsrecht, auf der andern Seite finde es aber in den Bestimmungen über die Beschlagnahme einen billigen Ersatz für die verweigerte Zeugenaussage. Das sei ein Widerspruch, den der Arzt nicht noch unterstützen dürfe; für ihn habe der Sinn und nicht der Buchstabe maßgebend zu sein, der auf § 300 StGB. keine Rücksicht nehme. Er habe deshalb die Beschlagnahme abzuwarten.

Auf der andern Seite stehen vor allem Sauter [120]), Olshausen [121]) und Ebermayer [122]). Sauter verweilt auf die Bestimmung des § 95 StPO., nach der eine Verpflichtung zur Auslieferung bestehe, die als Rechtspflicht den unbedingten Vorrang vor § 300 StGB. habe.

Die richtige Ansicht liegt in der Mitte. Auf der einen Seite besteht die Schweigepflicht, die heute im § 13 RÄO. geregelt ist, auf der andern Seite ohne Zweifel aber auch die Pflicht zur Herausgabe des Krankenberichts gemäß § 95 StPO.[123]). Der Pflichtenwiderstreit ist nach dem heute gesetzlich festgelegten Güterabwägungsprinzip zu entscheiden. Der Arzt hat also zu prüfen, ob für ihn im einzelnen Fall eine sittliche Pflicht oder ein nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck besteht und das bedrohte Rechtsgut überwiegt. Im einzelnen kommt es auf die jeweilige Fallgestaltung an.

Das künftige Strafprozeßrecht wird noch einen Schritt weitergehen. Der Entwurf zum kommenden deutschen Strafverfahren vertritt mit Recht den Standpunkt [124]), daß der Staat entsprechend dem Zeugnisverweigerungsrecht der kraft Berufs zur Verschwiegenheit verbundenen Personen seinen Schutz auch schriftlichen Mitteilungen, Krankenblättern und ähnlichen Aufzeichnungen über Dinge gewähren muß, die unter das Berufsgeheimnis fallen. Nach diesem Grundgedanken soll sich in Zukunft nicht nur die freiwillige Herausgabe nach den Grundsätzen der Güterabwägung bestimmen, sondern überhaupt schon das Recht zur Beschlagnahme.

Der Arzt wird danach eigenverantwortlich die Abwägung des Für und Wider vornehmen und selbst — unter Aufsicht der Standesgerichtsbarkeit — darüber entscheiden, ob er in seinem Gewahrsam stehende schriftliche Mitteilungen zwischen ihm und dem Beschuldigten über Angelegenheiten, über die er die Aussage zu verweigern berechtigt ist, den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stellen soll.

---

120) S. 246.
121) § 300, 1687.
122) Arzt und Patient 74.
123) vgl. Litten a.a.O.
124) S. Schafheutle, Das kommende deutsche Strafverfahren, 287.

## V. Kapitel.

## SITTLICHE PFLICHT, NACH GESUNDEM VOLKSEMPFINDEN BERECHTIGTER ZWECK UND GÜTERABWÄGUNG.

Die Tatbestandsmerkmale „sittliche Pflicht" und „nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck" lassen sich nicht scharf voneinander abgrenzen. Es handelt sich hier um Begriffe, die keinen logisch erfaßbaren Inhalt haben, sondern ihre Wertsubstanz aus der Gefühlswelt des Volkes beziehen und darum eine strenge Grenzziehung von selbst ausschließen. Daß an beide Begriffe heute der strenge Maßstab nationalsozialistischer Weltanschauung anzulegen ist, ist klar. Entscheidend kann nur das gesunde Empfinden des sich seiner völkischen Aufgabe bewußten deutschen Menschen sein. Bei der Bedeutung der Schweigepflicht für das Volksganze ist deshalb in allen diesen Fällen eine Offenbarungsbefugnis erst anzuerkennen, wenn die Preisgabe das letzte Mittel zu dem sittlich anerkennenswerten Ziel ist.

Es ist unmöglich, einen auch nur annähernd geschlossenen Überblick über die hierher gehörigen Fälle zu bringen. Das Leben läßt sich gerade hier nicht in ein Schema bannen. Es soll deshalb davon abgesehen werden, durch eine Erörterung möglichst vieler Fälle den Anschein einer Vollständigkeit zu erwecken, die doch nicht zu erreichen ist, sondern anhand einiger ausgewählter Beispiele die Problematik der einzelnen Fallösung aufgezeigt werden.

Früher galten als in diesem Zusammenhang ständig vorgebrachte Schulbeispiele vor allem, ob Warnungen des Arztes an die Braut oder deren Eltern vor einem geschlechtskranken Verlobten, oder Warnungen der nächsten Umgebung eines mit einer ansteckenden Geschlechtskrankheit Behafteten rechtmäßig seien[125]). Heute hat das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 28. 2. 1927 (§§ 4, 8, 9) und das Ehegesundheitsgesetz vom 18. 10. 1935 eine ausdrückliche, diese Verhältnisse betreffende Regelung geschaffen, so daß sich die Probleme von selbst gelöst haben. Übrig geblieben sind nur noch die Fälle, in denen auf dem vorgesehenen Weg nicht mehr rechtzeitig Hilfe geschaffen werden kann. Dann ist der Arzt aber schon, da ein unmittelbarer Angriff auf die Gesundheit eines anderen vorliegt, auf Grund der Notwehrbestimmungen zur Offenbarung berechtigt[126]).

---

125) Vgl. hierzu RGSt. 38, 62; Hinterthuer 830; Schäfer 376; Kallfelz 1346.

126) So im Ergebnis auch Lehmann 778 und Finger, Ges. z. Bek. d. Geschl. 363.

An die Stelle dieser Zweifelsfälle scheinen heute Rechtsfragen getreten zu sein, die sich aus dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und seiner Ausführungsverordnungen, sowie dem Ehegesundheitsgesetz ergeben haben.

Neukamp [127]) in erster Linie hat in dieser Hinsicht Probleme angeschnitten, die nicht nur wissenschaftlich interessant, sondern auch von großer praktischer Bedeutung sind. Sachlich geht es darum, ob der Arzt in einem Eheanfechtungs- oder Ehenichtigkeitsprozeß als Zeuge berechtigt ist, die Erbkrankheit oder ein sonstiges dem Ehegesundheitsgesetz unterfallendes Leiden (vgl. § 1 Eheg.G.) eines Streitteiles zu offenbaren.

Nach dem früher Erörterten darf der Arzt als Zeuge aussagen, wenn er damit einer sittlichen Pflicht oder einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck genügt. Nach Neukamp hat der Arzt bei einer Ehenichtigkeitsklage nach § 3 Ehegesundheitsgesetz die sittliche Pflicht, als Zeuge auszusagen, da er in besonderem Maße dazu beitragen müsse, Ehen, die dem Wohle der Volksgesamtheit und dem Willen der Staatsführung nicht entsprächen, aufzulösen. Dieselbe Pflicht besteht nach Neukamp auch in manchen Eheanfechtungsprozessen, wenn es sich darum handelt, ob der beklagte Ehegatte bereits vor der Eheschließung an einer Erbkrankheit oder einer anderen im § 1 Ehegesundheitsgesetz aufgeführten Krankheit gelitten hat und aus erbpflegerischen oder ärztlich angezeigten Gründen unfruchtbar gemacht worden ist, oder die Keimdrüsen bei ihm entfernt sind.

Dem Ergebnis Neukampf kann nur zum Teil beigetreten werden. Es ist eine bekannte Tatsache, daß der nationalsozialistische Staat bei weitem noch nicht sein rasse- und erbbiologisches Programm durchgeführt hat. Die zur Zeit in Kraft befindlichen Gesetze stellen nur den Anfang der Entwicklung dar. Der Grund, warum der Gesetzgeber nicht auf einmal seine Pläne in die Wirklichkeit umgesetzt hat, liegt auf der Hand. Das Volk muß erst langsam mit dem gänzlich neuen Ideengut vertraut gemacht werden, und nur vorsichtig, Schritt für Schritt geht der Gesetzgeber daran, ein Teilgebiet nach dem andern gesetzlich zu verankern. So lebt sich das Volk allmählich in die Gedankenwelt des neuen Staates ein, und unliebsame Erschütterungen werden vermieden.

Neukamp hat durchaus recht, daß die Ehe mit einem Unfruchtbaren für das Volk wertlos ist; es ist auch sicherlich richtig, daß solche Ehen nicht dem letzten Willen der Staatsführung entsprechen. Aber dabei kann man nicht stehenbleiben. Die Staatsführung hat selbst durch den allmählichen Aufbau ihres Rasseprogramms zu verstehen gegeben, daß sie zur Zeit noch nicht die volle

127) S. 81.

Verwirklichung ihres rassebiologischen Programms wünscht. Deshalb hat sie auch davon abgesehen, grundsätzlich alle ihr unliebsamen Ehen für nichtig zu erklären, sondern das nur im Hinblick auf die Ehen getan, die nach dem Inkrafttreten des Ehegesundheitsgesetzes geschlossen worden sind und hinsichtlich derer die besonderen Voraussetzungen des Gesetzes zutreffen. Im übrigen hat der Geetzgeber zur Zeit noch die Staatnotwendigkeiten nicht für derart überwiegend erachtet, daß er auch in anderen Fällen ihm unerwünschte Ehen für nichtig erklärt hätte. Er begnügt sich damit, bei früher geschlossenen Ehen nur eine ihm unwillkommene Nachkommenschaft zu verhüten und sorgt deshalb für die Unfruchtbarmachung des erbkranken Ehegatten, im weiteren aber überläßt er die Regelung der persönlichen Angelegenheiten den beiden Beteiligten.

Dieser Wille des Gesetzgebers[128]) ist von Neukamp nicht genügend berücksichtigt worden. Er führt im gegebenen Fall zu folgendem Ergebnis: Soweit nach dem Willen der Staatsführung die ehelichen Verhältnisse als persönliche Angelegenheit der beiden Ehepartner anzusehen sind, kann eine Anfechtung der Ehe auch nur mit den Beweismitteln erfolgen, die nicht öffentliche Interessen verletzen. Soweit aber der Staat erkennbar das rechtliche Unwerturteil über eine Ehe ausgesprochen hat und ihre Lösung sogar aus den Händen der Parteien nimmt (vgl. § 3 a,a.O., letzter Satz), kann er gerade von den Organen, die in besonderem Maße zur Hebung der Erb- und Rassereinheit berufen sind, den Ärzten, tätige Mithilfe verlangen. Deshalb darf hier der Arzt unter Verletzung der Schweigepflicht offenbaren, während er im vorgehenden Fall zu schweigen hat. Will der Ehegatte eine vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossene Ehe anfechten, so mag er das tun; aber er darf sich als Beweismittel ohne Einwilligung des Beklagten nicht des beruflich erlangten Wissens des Arztes bedienen.

Bei dieser Auffassung verschwindet auch das von Neukamp zur Erörterung gestellte Problem, in welchem Verhältnis die Schweigepflicht nach § 13 Abs. 3 RÄO. zu der Verschwiegenheitspflicht des § 15 Ges. z. Verhütung erbkr. Nachw. Art. 15 Abs. 2 der 4. Ausführungsverordnung und § 17 der 1. Ausführungsverordnung zum Ehegesundheitsgesetz stehen. Kann der Arzt in dem einen Fall unbedingt offenbaren, hat er in dem andern ebenso unbedingt zu schweigen, so ist es völlig gleichgültig, ob sich das Offenbarungsrecht bezw. die Schweigepflicht aus § 13 Abs. 3 RÄO.

---

128) Vgl. hierzu Schwinge-Zimmerl 75, 76.

oder aus den Spezialbestimmungen der Erbgesundheitsgesetze ergibt. Recht und Pflicht liegen in jedem Fall klar[129]).

Hellwig und Schäfer[130]) haben, der schon früher herrschenden Lehre folgend, auch neuerdings dem Arzt das Recht zugestanden, noch über die Anzeigepflicht des § 139 StGB. hinaus, die Strafverfolgungsbehörde bei der Aufklärung schwerer Verbrechen notfalls durch Mitteilung anvertrauter Geheimnisse zu unterstützen. Ihre Ansicht ist zutreffend. Allerdings kann das nur, wie beide auch zugeben, für schwere Verbrechensfälle gelten. Gleichgültig bleibt nach dem oben Gesagten, ob man hier einen nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck[131]) oder sogar eine sittliche Pflicht[132]) annimmt. Das Ergebnis wird dadurch nicht beeinflußt.

Daß die Schweigepficht den Tod des Patienten unverändert überdauert, ist selbstverständlich[133]). Mit dem Wegfall des Geheimnisherrn ist die Befugnis, den Arzt von der Schweigepflicht zu befreien, unwiderruflich untergegangen. Auch die nächsten Angehörigen treten nicht in das Recht des verstorbenen Patienten ein, das höchstpersönlicher Natur ist[134]). Nach dem Tode des Verstorbenen darf deshalb der Arzt nur reden, wenn eine Preisgabe des Geheimnisses sittlich gerechtfertigt oder nach gesundem Volksempfinden geboten erscheint. Allerdings genügt hierfür nicht, daß sich eine Prozeßpartei für ihre Behauptungen bloß einen Beweis beschaffen will, wenn nicht zugleich lebenswichtige Interessen der

---

129) Nur der Vollständigkeit halber soll darauf hingewiesen werden, daß sich das Problem von selbst löst, wenn man im Auge behält, daß der Kreis der schweigepflichtigen Personen nach den Spezialgesetzen nicht nur auf Ärzte beschränkt ist, sondern auf alle diejenigen Anwendung findet, die am erb- und ehegesundheitlichen Verfahren und an der Ausführung der angeordneten Eingriffe beteiligt sind. Um dieser Personen willen ist aber die Schweigepflicht in der Hauptsache angeordnet worden. Für den Arzt sind die Bestimmungen nicht erforderlich, da der an die Schweigepflicht anzulegende strengere Maßstab in Fällen dieser Art auch nach § 13 Abs. 3 RÄO. besteht. Hier kann eine sittliche Pflicht bei dem auf dem Spiel stehenden besonders großen Staatsinteresse eben nur dann angenommen werden, wenn ganz besondere Umstände vorliegen. Für den Arzt haben jene Bestimmungen nur die Bedeutung einer Wiederholung des allgemeinen Grundsatzes für ein besonderes Gesundheitsgebiet.

130) Hellwig 373; Schäfer 376; ebenso früher schon Hinterthuer 830 und Ebermayer, Arzt und Patient 73; a. A. aber Roth 430.

131) so Hellwig und Schäfer a.a.O.

132) dafür Kallfelz 1346.

133) OLG. Dresden, Seuff. Arch. 61, 331; KG. ROLG. 20, 323; 29, 118; OLG. Dresden ROLG. 13, 161; Olshausen § 300, 1685. In Schwierigkeiten müssen diejenigen kommen, die den Willen zur Geheimhaltung als geschütztes Rechtsgut ansehen. Streng logisch hört dieser Wille mit dem Tod des Geheimnisträgers auf, sodaß ein der Verletzung zugängliches Angriffsobjekt überhaupt nicht mehr vorhanden ist; so Krauss 165.

134) RGSt. 71, 22; Schäfer DtStrR. 1937, 198.

Beteiligten auf dem Spiele stehen[135]). Im einzelnen kommt es gerade hier auf die Lage des jeweiligen Falles an. Bei Erbschaftsstreitigkeiten wird regelmäßig eine Offenbarungsbefugnis zuzubilligen sein, sofern nicht aus besonderen Gründen die Ehre und das Andenken des Verstorbenen überwiegen[136]).

Mit dem Tode des Geheimnispflichtigen endet naturgemäß dessen Schweigepflicht. Nach § 13 Abs. 2 S. 2 hat das aber, wie schon in der Einleitung angedeutet,ei ne Erweiterung des Kreises der schweigepflichtigen Personen zur Folge. Alle diejenigen, die zu Lebzeiten des Arztes oder durch den Erbfall von dem Geheimnis Kenntnis erlangt haben, sind nun unter der gleichen Strafandrohung zur Verschwiegenheit verpflichtet. Das Gesetz will dadurch verhindern, daß nach dem Tode des Geheimnispflichtigen das immer noch schutzwürdige Interesse des Geheimnisträgers verletzt wird. Hat der Arzt die Diskretion verletzt und das Geheimnis ausgeplaudert, so soll der Dritte, wenn er nach dem Tode des Arztes keine Rücksichten mehr zu nehmen braucht, doch gehindert sein, davon beliebig Gebrauch zu machen. Ebenso soll er seine aus dem Nachlaß, insbesondere aus den Krankengeschichten erworbenen Kenntnis als Sachwalter des Erblassers für sich behalten. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint vor allem der Verkauf der Krankenblätter als Altpapier solange unbefugt, als nicht wenigstens der Name des Patienten unleserlich gemacht ist.

Wie Schäfer mit Recht hervorhebt[137]), enthält die Vorschrift insofern eine erhebliche Schlechterstellung des Geheimnisträgers, als das Gesetz nur die „Veröffentlichung" d. h. die Preisgabe des Geheimnisses an einen unbestimmt großen Personenkreis und nicht schon die einfache Mitteilung an einen einzelnen Dritten genügen läßt. Für diese Einschränkung ist ein innerer Grund nicht ersichtlich. Bei der zweiten Lesung des StGB.-Entwurfs ist denn auch die Vorschrift dahin geändert, daß „veröffentlicht" durch „offenbart" ersetzt worden ist[138]).

Aus der Tatsache, daß ein Ehegatte in ärztlicher Behandlung steht, folgt nicht ohne weiteres, daß der Arzt dem andern Ehegatten die Krankheit offenbaren darf. Soweit keine ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubnis erteilt ist, hat der Arzt grundsätzlich zu schweigen. Besteht allerdings eine unmittelbare Ansteckungsgefahr, so ist es Pflicht des Arztes, gegebenenfalls auch unter Bruch der Schweigepflicht den ohnungslosen Ehegatten zu war-

135) S. einerseits KG. ROLG. 20, 323 und andererseits KG., ROLG. 29, 118. Vgl. auch bei Schäfer 376; und neuestens DtStrR. 37, 198.
136) Ebermayer, Arzt und Patient 69; KG. ROLG. 29, 118; Kallfelz 1346.
137) DJ. 1936, 375.
138) S. Schäfer, d. komm. dt. Strafrecht 441.

nen[139]). Seine Befugnis ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe. Zu beachten bleibt aber, daß jede nur mögliche Rücksicht auf die Interessen des Patienten zu nehmen ist. Soweit besondere Vorkehrungen eine Ansteckungsgefahr ausschließen, hat der Arzt den Kranken zunächst hierauf zu verweisen, und nur dann zur Preisgabe des Geheimnisses zu schreiten, wenn jede andere Möglichkeit, die Gesundheit des Ehegatten zu erhalten, ausgeschlossen ist.

Dasselbe hat auch bei Erkrankung einer Hausangestellten zu gelten. Auch hier darf der Arzt nicht ohne weiteres offenbaren, wenn nicht eine Erlaubnis ausdrücklich erteilt oder aus den Umständen zu entnehmen ist[140]). Birgt die Krankheit, wie etwa bei offener Tuberkulose, die Gefahr einer unmittelbaren Ansteckung der Hausmitglieder in sich, so darf der Arzt nach den oben aufgestellten Grundsätzen dann seine Schweigepflicht brechen, wenn anders eine Verhütung der Ansteckung nicht möglich ist. Der Arzt wird deshalb zuerst der Kranken nahelegen, die Stelle aufzugeben, und erst dann reden dürfen, wenn die Patientin störrisch bleibt. Aber auch jetzt darf er nur soviel offenbaren, wie notwendig ist, um dem Hausherrn verständlich zu machen, daß ein weiteres Verweilen der Hausgehilfin in der Hausgemeinschaft aus gesundheitlichen Interessen unerwünscht ist[141]).

Der Austausch von Krankengeschichten zwischen Ärzten derselben Anstalt ist grundsätzlich für zulässig zu erachten. Auch die Übersendung des Krankenblatts an eine andere Anstalt ist erlaubt, wenn der Patient nach dort überführt worden ist. Regelmäßig liegt hier das stillschweigende Einverständnis des Kranken vor. Es muß auch für zulässig gehalten werden, daß der Psychiater dem Hausarzt bei der Entlassung des Patienten aus der Anstalt Mitteilungen macht[142]). Zu wissenschaftlichen Zwecken allein darf jedoch ein Austausch nur dann vorgenommen werden, wenn der Name unkenntlich gemacht ist, denn wissenschaftliche Interessen genügen nicht, um die Offenbarung des Anvertrauten zu rechtfertigen[143]).

Daß der Arzt berechtigt ist, sein Honorar einzuklagen und in einem Straf- oder Ehrengerichtsverfahren seine Ehre durch Preisgabe des anvetrauten Geheimnisses zu retten, ist ernstlich wohl

---

139) S. hierzu auch Hinterthuer 830.
140) S. hierzu Ebermayer, Arzt und Patient 70.
141) So richtig Kallfelz 1346. Zustimmend auch Olshausen § 300, 1688.
142) So richtig Krauss 162 und Olshausen, 1686 b.
143) Hellwig 373; Sauter 278; Olshausen § 300 S. 1689; Kallfelz 1346. a. A. Jäger 804.

kaum je bestritten worden[144]). Auch hier muß aber die Einschränkung gelten, daß der Geheimnisbruch für eine sachgemäße Rechtsverfolgung unbedingt notwendig ist[145]).

## SCHLUSS.

Wie der neue Entwurf zeigt, wird § 13 RÄO. voraussichtlich nur vorübergehende Bedeutung haben. Das zukünftige Strafrecht wird, wie der jetzige § 300 StGB., den Verrat des Berufsgeheimnisses für alle in Betracht kommenden Personenkreise einheitlich regeln[146]). Das ist nicht nur bedauerlich, weil damit eine wesentliche Bestimmung aus dem inneren Zusammenhang des berufsständischen Rechts herausgerissen wird, sondern auch gefährlich deshalb, weil die individualistische Meinung dadurch wieder eine Stütze erhält. Nicht zuletzt hat ja, wie wir schon früher erwähnten, bei der Bestimmung des Rechtsguts, als im Bereich der Persönlichkeit liegend, der Gedanke eine Rolle gespielt, daß die Schutzaufgabe einheitlich für alle Berufsgruppen zu bestimmen sei.

Davon abgesehen ist es auch an der Zeit, das immer noch zu Mißverständnissen Anlaß gebende „unbefugt" durch „rechtswidrig" zu ersetzen. Wolff[147]) hat überzeugend nachgewiesen, daß das Wort als Ausdruck einer — heute überholten — historischen Entwicklung zum Tatbestandsmerkmal vor allem darum erhoben wurde, weil man sich davor scheute, einen so ungeklärten und im Gesetz nicht definierten Begriff wie den der Rechtswidrigkeit zum wichtigsten Tatbestandsmerkmal zu machen. Es besteht keine Veranlassung, diesen Gedankengängen weiter Rechnung zu tragen.

Entsprechend wäre dann im Abs. 5 des Entwurfs anstelle der Worte „eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor ..." zu sagen „die Offenbarung ist rechtmäßig ...".

---

144) Vgl. RGZ. in DJZ. 1913, 356; Olshausen § 300, 1689; W. Mittermaier 154; Schäfer 376 a. E. u. a.

145) S. hier vor allem RGZ. in DJZ. a.a.O

146) S. d. komm. dt. Strafrecht. 438.

148) S. 61.

## LEBENSLAUF

Ich wurde am 24. Dezember 1907 in Fulda als Sohn des Schuhwarenhändlers Jean Vogler und dessen Ehefrau Eleonore geb. Weber geboren.

Von Ostern 1914 bis Ostern 1918 besuchte ich die Städtische Volksschule und von Ostern 1918 bis Ostern 1927 das Staatliche humanistische Gymnasium in Fulda.

Nach Ablegung der Reifeprüfung studierte ich an den Universitäten Hamburg und Frankfurt a. M. die Rechts- und Staatswissenschaften. Nach einer längeren Unterbrechung bestand ich am 17. Februar 1933 vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Frankfurt a. M. die erste juristische Staatsprüfung und wurde durch Verfügung des Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zu Kassel am 27. Februar 1933 zum Gerichtsreferendar ernannt. Den Vorbereitsdienst trat ich am 3. März 1933 an. Nach dreijähriger Ausbildungszeit legte ich am 12. Oktober 1936 die große Staatsprüfung vor dem Reichs-Justizprüfungsamt in Berlin ab. Ich war danach bei dem Entschuldungsamt und dem Finanzamt in Fulda beschäftigt. Durch Verfügung des Herrn Reichsministers der Justiz vom 29. Juni 1937 wurde ich in den anwaltlichen Probedienst übernommen. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 4. Dezember 1937.